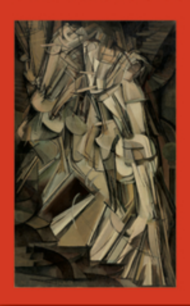
DE GRUYTER

Christian Berger, Michael Frey, Florian Priesemuth (Hrsg.)

RECHTE DES KÖRPERS

JURISTISCHE, PHILOSOPHISCHE UND THEOLOGISCHE PERSPEKTIVEN





Rechte des Körpers

Rechte des Körpers

Juristische, philosophische und theologische Perspektiven

Herausgegeben von
Christian Berger, Michael Frey und Florian Priesemuth

DE GRUYTER

ISBN 978-3-11-078466-4
e-ISBN (PDF) 978-3-11-078498-5
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-078506-7
DOI https://doi.org/10.1515/9783110784985



Library of Congress Control Number: 2022917005

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.dnb.de abrufbar.

Umschlagabbildung: Marcel Duchamp, Akt, eine Treppe herabsteigend Nr. 2, 1912
© Association Marcel Duchamp/ VG Bild-Kunst, Bonn 2022
Druck und Bindung: CPI books GmbH, Leck

www.degruyter.com

Inhalt

Einleitung

Der vorliegende Sammelband setzt sich mit dem Verhältnis von Körper und Recht auseinander. Die hier versammelten Beiträge gehen aus einer Tagung hervor, die im März 2021 am Leipzig Lab der Universität Leipzig stattfand und es sich zum Ziel machte, durch den interdisziplinären Austausch von VertreterInnen der Philosophie, Theologie und Rechtswissenschaft ein besseres Verständnis der Rolle des Körpers im Recht zu erarbeiten. Dieses Unterfangen eröffnet ein vielseitiges und komplexes Spektrum an Fragen, die den thematischen Horizont des hier vorliegenden Bandes bilden. Etwa: In welcher rechtlichen Gestalt tritt ein (menschliches) Rechtssubjekt als Körper auf? Wie wird seine Körperlichkeit, zum Beispiel seine Lebendigkeit oder basale Bedürfnisse, aber auch seine Persönlichkeit, insofern sie an seinen Körper gebunden ist, vom Recht erfasst, geschützt und normativ bestimmt und gestaltet? Was unterscheidet aus einer rechtlichen Perspektive den menschlichen vom tierischen Körper? Warum sollte es erlaubt sein, abgeschnittene Haare zu verkaufen, entnommene Organe aber nicht? Inwiefern werfen Körperpraktiken in den Bereichen Medizin und Sexualität die Frage nach dem Verhältnis von Körper und Recht auf? Was für eine Rolle spielt der Begriff des Eigentums mit Hinblick auf den Körper des Rechtssubjekts: Kann der Körper als Eigentum verstanden werden oder gehorcht er einer fundamental anderen Logik?

Die hier versammelten Beiträge bieten auf die Frage nach dem Verhältnis von Körper und Recht keine in sich stimmige Theorie. Eine solche beanspruchen auch die Herausgeber in dieser Einleitung nicht zu entwickeln. Wir wollen aber gemeinsame Fragerichtungen benennen, die in den Aufsätzen – freilich in je unterschiedlicher Weise – verfolgt werden.

Da wäre zunächst die begriffliche Arbeit daran, in welcher Weise der menschliche Körper das Recht bestimmt beziehungsweise wie dieser durch das Recht bestimmt wird. Denn in der Überschrift unseres Bandes („Rechte des Körpers") lässt sich der Körper sowohl als das Rechtssubjekt als auch als das Objekt von Rechten lesen.

Für Kants Rechtsphilosophie ist die Unterscheidung des inneren von einem äußeren Mein und Dein grundlegend. Das Recht schützt, als Privat- wie auch als Öffentliches Recht, das äußere Mein und Dein. Als internes oder auch angeborenes Recht kennt Kant nur ein einziges: die Freiheit (Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung: Allgemeine Einteilung der Rechtslehre). Die Freiheit des Rechtssubjekts verwirklicht sich primär in seinem Körper, als dem Ort seiner basalen Vermögen, seiner Willkür. Auch Hegels Rechtsphilosophie greift die zentrale Bedeutung des Freiheitsbegriffs auf und entwickelt sie weiter. So kann er sagen, dass das „Dasein des freien Willens (…) das Recht" ist

 https://doi.org/10.1515/9783110784985-001

(Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §29). Ist die hier beschriebene Freiheit auch eine Freiheit, also eine Unabhängigkeit, vom (menschlichen) Körper oder eine Freiheit, die auf diesen Körper unbedingt angewiesen ist? Von einer breiten Rezeption des „corporeal turn" in der Rechtsphilosophie lässt sich bisher nicht sprechen, wenn auch auf den Aufsatzband „Körper und Recht. Anthropologische Dimensionen der Rechtsphilosophie" von Ludger Schwarte und Christoph Wulf aus dem Jahr 2003 verwiesen werden kann. Die vorliegenden Studien erkunden damit ein verhältnismäßig wenig erschlossenes Gebiet, das sich nur auf interdisziplinäre Weise erschließen lässt. Es fehlen – das muss hier zumindest angezeigt werden – Perspektiven aus der Medizin, Biologie und Psychologie sowie Auseinandersetzungen mit aktuellen Entwicklungen der Technik und den damit verbundenen Fragen der Technikethik. Unser Band lässt sich als ein erster Beitrag verstehen, ein Forschungsfeld zu identifizieren, in dem noch viel weitere interdisziplinäre Arbeit vonnöten ist.

In der deutschen Rechtswissenschaft, so arbeitet es der Beitrag von *Christoph Enders* heraus, lässt sich zwar von Rechten am Körper, nicht aber von Rechten des Körpers sprechen. Die rechtsphilosophischen Beiträge dieses Bandes fragen nach der Bestimmung des Rechtsbegriffs durch den (menschlichen) Körper. *Sebastian Rödl* zieht den Leibbegriff heran, um das Leben des menschlichen Körpers vom Körper eines Tieres zu unterscheiden, das im Gegensatz zum Menschen ein natürliches Leben lebt. Der Leib ist dahingegen dadurch charakterisiert, dass er das natürliche Leben negiert und übersteigt. Der als Leib verstandene menschliche Körper dient im Recht zwar der Verwirklichung von Willkür in universaler Reziprozität. Doch er negiert zugleich jegliche Bestimmung der Willkür durch eine natürliche Lebensform. Einen anderen Akzent setzt *Thomas Khurana* im Anschluss an Hegels Überlegungen zum Notrecht. Für Hegel scheint der Schutz des menschlichen Lebens beziehungsweise des menschlichen Körpers eine besondere Dignität zu haben, die auch gegen das Recht geltend zu machen sein kann. Die Wahrung des Willens gegen das Recht erscheint so als Grenze des abstrakten Rechts. *Michael Frey* analysiert das Recht in seiner sozio-historischen Bestimmtheit. Mit Bezug auf Hegels Begriff der bürgerlichen Gesellschaft wird aufgezeigt, weshalb weder rein liberale, noch totalitäre Rechtsauffassungen eine befriedigende Erklärung der Gültigkeit rechtlicher Bestimmungen geben können. Ein aktuelles Beispiel für die gesellschaftliche Veränderung von Rechtauffassungen ist dabei die philosophische Debatte darüber, wer als Träger von Rechten betrachtet werden kann. *Ludger Schwarte* gibt in seinem Beitrag einen Überblick darüber, dass hier heute keineswegs nur an Menschen, sondern auch an Tiere, Flüsse oder Quanten gedacht wird. Dabei kommt allerdings das Verfahren der Bildung von Analogien zum Recht von Menschen und deren Körpern an seine Grenzen.

Weiterführend erweist sich über die Begriffsarbeit hinaus die Auseinandersetzung mit Fallstudien in rechtsvergleichender wie rechtsethischer Perspektive. Exemplarische Studien aus der Rechtswissenschaft und der evangelischen Theologie untersuchen den sozio-historischen Kontext bestimmter „Rechte des Körpers“.

Mit einem Vergleich des chinesischen mit dem deutschen Zivilrecht führt *Peter A. Windel* einen gestuften Schutz des menschlichen Körpers im Recht vor. Von dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit über die Förderung der Gesundheit bis zu Hilfspflichten und Präventionsmaßnahmen reichen die rechtlichen Regelungen, die den menschlichen Körper thematisieren. Aus einer rechtshistorischen wie rechtsethischen Perspektive ist die Familiengesetzgebung ein interessanter Forschungsgegenstand für unser Thema. In der Geschichte der bundesdeutschen Familiengesetzgebung, die *Sarah Jäger* aus der Perspektive evangelischer Ethik erforscht, zeigt sich ein Wechselspiel zwischen der Transformation des Rechts und der Transformation evangelischer Ethik. Dabei greift sie drei Themenfelder besonders heraus: Homosexualität, Transidentität und Sexarbeit. Gegenwärtig gibt es mit der ethischen Debatte zur Beihilfe zum Suizid, ein anderes eminent körperbezogenes rechtsethisches Thema, das *Florian Priesemuth* anhand einer Lektüre der einschlägigen Stellungnahmen aus der evangelischen Kirche und Theologie untersucht. Die geschäftsmäßige Beihilfe zum Suizid lässt sich einordnen, in ein Spektrum von Praktiken aus der Medizin, in denen die Selbstbestimmung der Person gegenüber ihrem Körper fraglich wird. *Thorsten Moos* fächert in seinem Beitrag einen Bogen auf, den er ausgehend vom Normalfall der Patientenaufklärung vor einem medizinischen Eingriff bis hin zu Grenzfällen des medizinischen Handelns gegen den Willen von Patienten spannt.

Die Mehrzahl der hier versammelten Beiträge wurde auf der eingangs genannten Tagung gehalten und diskutiert. Wir danken an erster Stelle allen, die bereit waren, uns ihre Vorträge als Aufsätze auszuarbeiten und für diesen Band zur Verfügung zu stellen. Auf diese Weise können die Beiträge auch über die Tagung hinaus bekannt und rezipiert werden. Zu der Arbeitsgruppe „Intangibles“ im Leipzig Lab, die die Tagung veranstaltet hat, gehören neben den Herausgebern auch Prof. Dr. Sebastian Rödl und Prof. Dr. Rochus Leonhardt. Ihnen gilt großer Dank für die kontinuierliche Zusammenarbeit und die Freude am interdisziplinären Austausch. In der Vorbereitung des Manuskripts für die Drucklegung hat uns Matthis Glatzel unterstützt. Die Herausgeber danken dem Verlag, namentlich Dr. Albrecht Döhnert, für die gute Zusammenarbeit.

Leipzig, März 2022
Christan Berger, Michael Frey und Florian Priesemuth

Christoph Enders, Leipzig

Rechte des Körpers?

Antworten des Rechts auf Anfragen der Philosophie

1 Die Person und ihr Körper

Menschen haben insofern Rechte, als sie – wie traditionell im westlichen Kultur- und Rechtskreis – als Personen anerkannt sind. Denn Rechte überhaupt, welcher Art auch immer, ordnen wir der Person zu; „*jede* Art von Rechten kommt nur einer Person zu", heißt es bei *Hegel*.[1] Sie entspringen dabei stets einem Rechtsverhältnis, dem Rechtsverhältnis einer Person zu einer anderen Person[2], kraft dessen die eine Person, das ist ihr rechtlich garantierter Anspruch, von der anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen kann.[3]

Denn jedes individuelle Recht auf ein Tun oder Unterlassen hängt in seiner Durchsetzung ab von einer ihm entsprechenden – gleichfalls individuell zurechenbaren – Pflicht einer Person, das geschuldete Verhalten an den Tag zu legen. Gerade und nur in Rechtsverhältnissen wechselseitig einander korrespondierender Rechten und Pflichten entfaltet sich darum die Personqualität des Menschen im Recht. Als Glied möglicher Rechtsverhältnisse ist der Mensch daher notwendig nicht allein Träger von Rechten, sondern ebenso von Pflichten. Die Einsicht, dass Rechte ohne Pflichten nicht möglich sind und Pflichten ohne Rechte nicht an-

Vorabveröffentlichung mit freundlicher Genehmigung der Herausgeber der „Zeitschrift für Rechtsphilosophie. Neue Folge, 6 – 7/2022 – 2023, ISBN 978-3-643-99712-8" (= Erstveröffentlichung) sowie des LIT Verlags.

1 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), in: Werke, hrsg. v. E. Moldenhauer/K.M. Michel, Bd. 7 (Frankfurt/M.: Suhrkamp1970), § 40, Anm., S. 100.

2 Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Zweyter Band (Berlin: Veit und Camp 1840), § 60, S. 1 f. Bereits Johann Gottlieb Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach den Principien der Wissenschaftslehre* (1796), Fichtes Werke, hrsg. v. I.H. Fichte (Nachdruck Berlin: Walter de Gruyter, 1971), Bd. III, Zur Rechts- und Sittenlehre I, § 12, S. 121 – 123.

3 § 194 Abs. 1 BGB definiert im Kontext der Verjährung den „Anspruch" als das „Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen"; das Unterlassen schließt dabei das Dulden mit ein, im Sinne eines Nichthinderns fremder Aktion.

 https://doi.org/10.1515/9783110784985-002

zuerkennen, ist das Grundprinzip einer jeden modernen staatlichen Rechtsordnung westlicher Prägung.[4]

Obwohl die Rechtssubjektivität des Menschen in § 1 BGB eher lakonisch-rechtstechnischen Ausdruck gefunden hat[5], ist die besondere Qualität des Menschen, als Person Träger von Rechten und Pflichten sein zu können, Basis nicht allein unserer bürgerlichen Rechtsordnung: Es war ein wichtiges Anliegen der deutschen Wissenschaft vom Öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert, den aus dem Zivilrecht stammenden Gedanken der Rechtssubjektivität des Menschen in einer adäquaten Weise auf das öffentliche Recht zu übertragen.[6] Er ist seither zur – nicht zuletzt: prozessualen – Grundlage auch des öffentlichen Rechts geworden. Im Jahre 1988 hat darum das Verwaltungsgericht Hamburg eine Klage der „Seehunde in der Nordsee“, vertreten durch eine Reihe von Natur- und Umweltschutzverbänden (und gerichtet gegen die Einbringung von Abfallstoffen in die Hohe See sowie deren Verbrennung auf Hoher See), abgewiesen, weil diese im Verwaltungsprozess mangels Rechtssubjektivität nicht beteiligungsfähig seien.[7]

Das Grundgesetz hat den Gedanken der allgemeinen Rechtsfähigkeit des Menschen dann 1949 aufgegriffen und auf Verfassungsebene verankert, dabei noch einmal – nach den Erfahrungen mit dem menschenverachtenden NS-Regime – normativ pointiert, nämlich in Art. 1 GG statuiert, dass jedem Menschen Würde zukommt und daraus die Fähigkeit eines jeden Menschen abzuleiten ist,

---

4 Hegel betont zu Recht das Bewusstsein durchgängiger Wechselseitigkeit von Rechten und Pflichten als Prinzip des Rechts, *Grundlinien* (s. Fn. 1), § 155, S. 304 f., § 261, Anm., S. 408 f.

5 Die Vorschrift des § 1 BGB besagt: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.“

6 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* ([1]1892), 2. Aufl. (Tübingen: J.C.B. Mohr [Paul Siebeck] 1905), S. 10, 193 ff.; bereits Friedrich Gerber, *Ueber öffentliche Rechte* (Tübingen: H. Laupp 1852), insbesondere S. 99. Dazu etwa Hartmut Bauer, *Über öffentliche Rechte*, DÖV 2021, S. 181 – 193; Christoph Enders, Die Freiheit des status subiectionis. Zur Geburt der Grundrechtsdogmatik aus dem Geist des Rechtsverhältnisses in Georg Jellineks „System der subjektiven öffentlichen Rechte“, in: Brugger u. a. (Hrsg.), *Faktizität und Normativität* (Tübingen: Mohr Siebeck 2016), S. 109 – 124.

7 VG Hamburg, NVwZ 1988, 1058. Hegel, *Grundlinien* (s. Fn. 1), § 44, Zusatz, S. 107, erklärt das so, dass „die Sache als Äußerlichkeit [...] keinen Selbstzweck (hat) [...]. Ein solches Äußerliche ist auch das Lebendige (das Tier) und insofern selber eine Sache“. Inzwischen – seit 1990 – genießen nach deutschem Recht Tiere zwar eine von Sachen unterschiedene besondere Stellung (§ 90a BGB). Als Rechtssubjekte sind sie aber nach wie vor nicht anerkannt; folgerichtig finden die für Sachen geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Rechts auf sie entsprechende Anwendung. Die Kommentierung von Jürgen Ellenberger, in: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Kommentar, 80. Aufl. 2020, § 90 a, Rn. 1, spricht von einer „gefühlige(n) Deklamation“ ohne wirklichen rechtlichen Inhalt.

Träger von Menschen- und Grundrechten zu sein, die der Wahrung, dem äußeren Schutz seiner Würde dienen.[8]

Aus dieser Perspektive des Menschen als Person kann es aber auf den ersten Blick zwar Rechte der Person am eigenen Körper, nicht aber Rechte *des* Körpers geben. Die der Person zugeordneten Rechte kommen darum auch an ein Ende mit dem Tod des Menschen. So ist z. B. das durch Art. 14 Abs. 1 GG[9] unter anderem garantierte Erbrecht ein Recht der Lebenden, auch wenn seine Ausübung über den Tod hinauswirkt. Auch hat das Bundesverfassungsgericht zwar mit seiner Mephisto-Entscheidung (aus dem Jahre 1971) in der Sache einen postmortalen Ehrenschutz anerkannt.[10] Dieser postmortale Ehrenschutz knüpft indessen nicht nur an die aktuelle Präsenz und Intensität der Erinnerung an die verstorbene Person an und ist daher seiner Natur nach befristet.[11] Vor allem spricht viel dafür, dass es in den Fällen des postmortalen Ehrenschutzes in Wahrheit gar nicht um den Schutz der Verstorbenen, sondern der Hinterbliebenen geht, weil diese, solange die Erinnerung an ihre Familienangehörigen noch lebendig ist, ein berechtigtes Interesse daran haben, wie deren Charakter und Lebensleistung in der Öffentlichkeit dargestellt werden, kurz, die Wahrung der Familienehre verlangen können. Ihnen steht darum prozessual auch die Geltendmachung dieses postmortalen rechtlichen Achtungsanspruchs vor Gericht zu.[12] Es geht also um den Schutz der Lebenden als Personen, nicht der Toten.

8 Vgl. Christoph Enders, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung* (Tübingen: J.C.B. Mohr [Paul Siebeck] 1997), S. 428, 502 f.; Art. 1 GG lautet: „(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht."

9 Nach Art. 14 Abs. 1 GG werden das „Eigentum und das Erbrecht [...] gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt."

10 BVerfGE 30, 173 (194), im Nachgang zu BGHZ 50, 133; vgl. auch BGHZ 107, 384 – Emil Nolde.

11 Eine soziale Übereinkunft und rechtsimmanente Beschränkung, die z. B. auch das Kunsturhebergesetz von 1907 dokumentiert, indem es das Recht am eigenen Bild nach dem Tod des Abgebildeten auf einen Zeitraum von 10 Jahren begrenzt, § 22 KUG. Exakt lassen sich die zeitlichen Grenzen postmortalen Persönlichkeitsschutzes nicht definieren. Der zweite Leitsatz der Entscheidung des BGH in BGHZ 107, 384 (aus dem Jahre 1989) besagt etwa: „Der postmortale Persönlichkeitsschutz eines bekannten Malers ist 30 Jahre nach dessen Tod noch nicht entfallen".

12 BVerfG NJW 2001, 2957.

2 Die verkörperte Person

2.1 „Körper“ als rechtsfähige Funktionseinheiten des Rechts

Aber kennt nicht das öffentliche Recht „Körperschaften“ und meint damit Personen, Subjekte im Rechtssinne, die Rechte innehaben und Adressaten von Pflichten sind?[13] Kann also nicht doch ein Körper als solcher Träger von Rechten und Pflichten sein?

In der Tat hat *Thomas Hobbes* 1640 in seiner Schrift „Elements of Law, Natural & Politic“ (Menschliche Natur und politischer Körper) den Staat als *politischen Körper* bezeichnet[14], zu dem sich eine Menge Menschen um ihrer inneren, wie äußeren Sicherheit willen vereinigt. Der Staat, als von Gesetzen, die der Souverän gibt, beherrschtes Ganzes, hat danach insgesamt *dienende Funktion*, er gewährleistet den in ihm verbundenen Menschen die sonst prekäre Sicherheit.[15] Diesen Zusammenhang – Vereinigung der Vielen zu einem „politischen Körper“[16] – veranschaulicht das bekannte Titelbild von Hobbes‘ späterer Schrift *Leviathan* (1651).

Hier, im 17. Kapitel des Leviathan, spricht allerdings Hobbes gar nicht mehr vom „politischen Körper“, sondern hebt die *Personqualität des Staates* hervor[17]: „the Multitude so united in one Person, is called a COMMON-WEALTH“, die „zu einer Person vereinte Menge (nennt man) *Staat*“. Die Menschen bilden also nicht eine mehr oder weniger geordnete und eingehegte Masse, organisieren sich nicht lediglich in einem sozialen Netzwerk. Sie bilden durch ihre Vereinigung vielmehr *eine Person*, die man Staat nennt und die, in Gestalt des souveränen Herrschers – nach Hobbes dem Inbegriff dieser Personalität des Staates – ausgestattet ist mit der höchsten Gewalt. Wenn nun Hobbes den Staat zugleich als „künstlichen

---

13 Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10. Auflage (München: C.H. Beck 1973), S. 484, 491; neben der Körperschaft des öffentlichen Rechts als mitgliedschaftlich organisiertem rechtsfähigem Verband des öffentlichen Rechts sind Anstalt und Stiftung als weitere Arten juristischer Personen des öffentlichen Rechts anerkannt, vgl. auch § 89 Abs. 2 BGB.

14 Thomas Hobbes, *Menschliche Natur und politischer Körper* (1640) (Hamburg: Felix Meiner 2020), S. 119 ff.

15 Hobbes, *Menschliche Natur und politischer Körper* (s. Fn. 14), S. 120, 122.

16 Dasselbe sprachliche Bild gebraucht *John Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung (1690), hrsg. v. W. Euchner (Frankfurt/M.: Suhrkamp 1977), II., §§ 95, 96, 97, S. 260 f.

17 Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), hrsg. v. I. Fetscher (Frankfurt/M.: Suhrkamp 1984), 17. Kap., S. 134 f.



Abbildung 1: Frontispiz von Hobbes' Leviathan

Menschen“ bezeichnet[18], so ist das doppeldeutig: Hier wird einerseits auf die Körperlichkeit des Menschen angespielt und diese dem Staat attestiert, der große Leviathan ist nichts anderes als ein künstlicher Mensch; andererseits aber auf die Subjektqualität, seine Eigenschaft, Person zu sein und demgemäß mit Rechten (und Pflichten) ausgestattet. Im Übrigen verwendet Hobbes den Begriff des Körpers (Body Politique) im Leviathan nur noch für „untergeordnete“ (dem Staat nachgeordnete) politische Vereinigungen[19], die er, insoweit analog zur Beschreibung des Staates, als „künstliche oder fiktive Körper“ bezeichnet.

Auch wir gebrauchen heute in diesem Sinne im öffentlichen Recht den *Begriff der Körperschaft*[20], um die rechtliche Verkörperung (im Sinne einer funktional-organisatorischen Verfestigung) einer sich aus und über ihren Mitgliedern konstituierenden Einheit zu bezeichnen, der Rechtspersönlichkeit zukommt und besondere Rechtsmacht gegenüber den ihr zugehörigen Mitgliedern[21]: Die Universitäten sind etwa Körperschaften (vgl. § 2 Abs. 1 SächsHSFG), die Gemeinden oder Landkreise Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts (vgl. § 1 Abs. 3 SächsGemO; § 1 Abs. 2 SächsLKrO). In gleicher Weise sprechen wir dem Staat selbst, der nach *Georg Jellinek* begrifflich durch die ihm wesentlichen Elemente Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt – insoweit auch durch körperschaftliche Züge[22] – gekennzeichnet ist, Rechtspersönlichkeit zu.[23] Der Vorstellung von der Rechtspersönlichkeit des Staates kommt in der Entwicklung des deutschen öffentlichen Rechts, seit *Eduard Albrechts* berühmter Rezension von *Romeo Maurenbrechers* Staatsrecht im Jahr 1837, sogar Vorbildfunkton zu, indem sie eine Form liefert, wie sich unter den Rahmenbedingungen einer modernen politischen Ordnung durch (relative) Verselbständigung in einer eigenen Rechtspersönlich-

---

18 Hobbes, *Leviathan* (s. Fn. 17), Einleitung, S. 5: „Denn durch Kunst wird jener große *Leviathan* geschaffen, genannt *Gemeinwesen* oder *Staat*, auf lateinisch *civitas*, der nichts anderes ist als ein künstlicher Mensch“; etwa auch 21. Kapitel, S. 164. Dazu Thomas Vesting, *Staatstheorie* (München: C.H. Beck 2018), Rn. 150, 157.

19 Hobbes, *Leviathan* (s. Fn. 17), 22. Kapitel, S. 173 ff.

20 Zur Vorgeschichte im frühmodernen Territorialstaat Vesting, *Staatstheorie* (s. Fn. 18), Rn. 133 ff. (Körperschaft als *persona ficta*).

21 Dazu etwa Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* (s. Fn. 13), S. 485 ff., 489; neben der Körperschaft als juristischer Person des öffentlichen Rechts sind als Typen juristischer Personen anerkannt Anstalt und Stiftung vgl. auch § 89 Abs. 2 BGB.

22 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. (Berlin: O. Häring 1905), S. 395: „Das herrschaftliche und genossenschaftliche Element ist in der staatlichen Körperschaft zur notwendigen Einheit verknüpft“.

23 Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (s. Fn. 22), S. 175. Nach Jellinek, *System* (s. Fn. 6), S. 194 f., ist der Staat Rechtssubjekt erst, indem er sich als rechtlich beschränkt auffasst, ansonsten nur Machtsubjekt.

keit auch andere funktional definierte, dem Staat nach- und untergeordnete Einheiten juristisch konstruieren lassen[24], die als Personen des öffentlichen Rechts bestimmte öffentliche Aufgaben erfüllen.[25]

Es besteht aber kein Zweifel, dass mit der körperschaftlichen Organisation und der Rechtspersönlichkeit der daraus erwachsenden, funktional bestimmten Einheit auch durchsetzbare Rechtsansprüche, gerade im Innenverhältnis zu den ihr mitgliedschaftlich Zugehörigen, einhergehen – wenn auch im modernen Verfassungsstaat auf der Basis der verfassungsmäßigen Rechtsordnung und für die dem Staat unter- und nachgeordneten Einheiten durch staatliche Aufsichtsrechte eingehegt.[26]

Die körperschaftliche Organisation mündet dergestalt in eigene Rechte des so gebildeten Körpers, der dadurch nicht einfach Objekt, Konstrukt oder Einrichtung des Rechts ist, sondern selbst Rechtssubjekt.

2.2 Eigenständige (Selbst-) Zwecksetzung als Merkmal

Was macht diese Subjektqualität einer Körperschaft näher aus? Wenn wir im dargelegten Sinne von „Körperschaft" sprechen, bezeichnen wir die Verkörperung der Einheit vielfältiger Einzelinteressen, deren Einheit sich durch personale Mitgliedschaft der Interessenträger oder auch deren Gebietszugehörigkeit definiert. Entscheidend ist aber die eigenständige, sämtliche Einzelne und ihre Interessen verbindende *einheitliche und eigenständige Zwecksetzung* im Namen und zu Lasten der verbundenen Einzelnen. Mit dieser rechtlich anerkannten Befähigung zur selbständigen Zwecksetzung, die der juristischen Person in Analogie zur natürlichen Person zuerkannt wird, ist die verkörperte Einheit als Subjekt im Rechtssinne konstituiert. Es ist also nicht der Körper als solcher Rechtsträger, der uns allerdings die Einheit versinnbildlicht und es erlaubt, sie mit einem Namen zu versehen („die" Universität hat entschieden, gehandelt, eine Regelung getroffen

24 Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* (s. Fn. 13), S. 484 m. Fn. 1.

25 Vgl. auch Vesting, *Staatstheorie* (s. Fn. 18), Rn. 140.

26 § 6 Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes belegt beispielhaft, dass der Staat Inhaber durchsetzbarer Rechte ist; dort heißt es in Absatz 1: „Der Verwaltungsakt […] kann mit den Zwangsmitteln nach § 9 durchgesetzt werden …" Auch den Staat kann man als Gebietskörperschaft verstehen, wenn auch durch seine Ausschließlichkeit als Gebietskörperschaft eigener Art; es kann insbesondere kein den Staat als souveräne Macht ermächtigendes und beschränkendes Gesetz geben. Im Innenverhältnis ordnet die Verfassung die staatlichen Funktionen und das Verhältnis zu den rechtsunterworfenen Individuen. Rechte und Pflichten des Staates im Außenverhältnis lassen sich demgegenüber nur aus dem Völkerrecht ableiten.

…), sondern das, was er verkörpert, die einheitliche und eigenständige Zwecksetzung, ist das Subjekt im Rechtssinne. Allgemein kennzeichnet darum juristische Personen, dass sie als rechtlich-organisatorische Funktionseinheiten eigenständig die durch sie gebündelten wirtschaftlichen oder ideellen Zwecke verfolgen. Es handelt sich um „Zweckgebilde der Rechtsordnung“[27], die bestimmten Zwecken zu dienen bestimmt und doch von der Rechtsordnung dafür ausgestattet und anerkannt sind, als Rechtssubjekte eigenständig Zwecke und darin in gewissem Umfang, nämlich nach den konstitutiven und begrenzenden Maßgaben der Rechtsordnung, sich selbst als Zweck zu setzen.

2.3 Die versinnbildlichende Bedeutung und Zufälligkeit der Körperlichkeit im Recht

Die Vorstellung einer körperlichen Existenz (wie im Rechtsbegriff der „Körperschaft“) hat damit für die Konstruktion des Subjekts im Rechtssinne (der Rechtsperson), wie ja schon allgemein in der gängigen Rede von der „Verkörperung“ eines ideellen Sachverhalts deutlich wird, eine bloß versinnbildlichende Bedeutung. Sie zeigt im Kontext der Begründung von Rechtssubjektivität juristischer Personen die Einheit zurechenbarer und äußerlich wirksamer Zwecksetzung an.

In die nämliche Richtung weist eine von *Gustav Radbruch* in seiner Rechtsphilosophie von 1932 formulierte Überlegung[28]: Die „gleiche Rechtsfähigkeit, die das Wesen der Person ausmacht, wohnt Menschen und menschlichen Verbänden nicht inne, sondern wird ihnen erst von der Rechtsordnung beigelegt … Alle Personen, die physischen wie die juristischen, sind Geschöpfe der Rechtsordnung …“ Daran anknüpfend lässt sich sagen: Es wird jeder „Verkörperung“ die Subjektivität, also die Rechtsfähigkeit von ihrem Subjekt vermittelt. Das Subjekt wiederum ist auf die Anerkennung seiner Befähigung zur Selbstzwecksetzung durch die Rechtsordnung angewiesen. Das gilt für die Subjektqualität des Menschen selbst; die staatlichen Rechtsordnungen, die westlicher Kultur- und Rechtstradition entsprechen, erkennen sie allerdings dem Grunde nach ohne Wenn und Aber an – denn der Mensch ist gemäß dieser Tradition als solcher rechtsfähig. Das gilt für eine Personenmehrheit oder irgendein sonstiges organisatorisches Zweckgebilde, dem die Befähigung zur eigenständigen Zwecksetzung

27 BVerfGE 95, 220 (242).
28 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (1932), Studienausgabe, hrsg. v. R. Dreier/St.L. Paulson, 2. Aufl. (Heidelberg: C. F. Müller 2003), § 17, S. 125.

von der Rechtsordnung konstitutiv und zugleich begrenzend zugesprochen wird. Die äußere Erscheinung der (Rechts-) Subjektivität, auch wenn sie sich – wie in der Körperschaft des öffentlichen Rechts – in einem Körper abbildet, hat etwas Zufälliges.

3 Der Körper als „Eigentum" und Gegenstand der Selbstbestimmung – Eigentum als Rechtssphäre

3.1 Der Körper als Sache und Eigentumsgegenstand

Darum kommt, wenn ein Mensch verstorben ist und es folglich dem Körper an Subjektqualität fehlt, auch der menschliche Körper als Sache, z. B. als möglicher Gegenstand eines Gewahrsamsverhältnisses in Betracht, das durch einseitige Verfügungsmacht des Gewahrsamsinhabers gekennzeichnet ist – wie § 168 StGB zeigt, der es unter Strafe stellt, wenn jemand „aus dem Gewahrsam des Berechtigten den Körper oder Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen, (...) wegnimmt ...[29]

Inhaber solchen Gewahrsams am Körper eines Verstorbenen oder von Körperteilen sind typischerweise die Angehörigen, Inhaber können aber auch sein ein Krankenhaus, ein Altersheim oder andere, die den Gewahrsam für die Angehörigen ausüben.[30] Ganz auf dieser Linie liegt die in der Zivilrechtswissenschaft wohl vorherrschende Auffassung, dass vom Körper abgetrennte Körperteile zu eigentumsfähigen Sachen werden, an denen (Sach-)Eigentum zunächst hat, wer von der Abtrennung des Körperteils betroffen ist.[31] Dem Körper und seinen Bestandteilen kann also die Qualität einer Sache zukommen, sie sind dann Objekte ohne alle Subjektivität, nicht Glied und konstitutiver Bestandteil, nur Gegenstand von Rechtsverhältnissen.

29 In § 168 StGB heißt es (Absatz 1): „Wer unbefugt aus dem Gewahrsam des Berechtigten den Körper oder Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen [...] wegnimmt oder wer daran beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft [...]"

30 Martin Heger, in: Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 29. Auflage (München: C. H. Beck 2018), § 168 Rn. 3.

31 BGH NJW 1994, 127.

3.2 Die Rechtssphäre: Eigentum im weiten Sinne

Als „Eigentum" wird aber der menschliche Körper im westlichen Kulturkreis traditionell noch in einem anderen, weiteren Sinne angesehen, soweit sich nämlich auch in ihm die Rechtssphäre, die der Mensch (kraft seiner Autonomie) als Person und Rechtssubjekt beanspruchen kann, manifestiert („verkörpert"). Das zeigt beispielhaft die in *Immanuel Kants* Rechtslehre entwickelte Sphärentheorie. Nach Kants Definition zielt das Recht seinem Prinzip nach auf die gleiche Freiheit aller: Weil Kants „angebornes Recht der Freiheit" (des Menschen Recht auf Rechte) die gleiche Freiheit aller anderen als Realisierungsbedingung von Anfang an mitdenkt[32], wie schon im Synonym des inneren Mein und (!) Dein zum Ausdruck kommt[33], muss die eigene Freiheitsausübung, mit der jedes anderen nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen können, um rechtlich anerkannt und geschützt zu sein.[34]

Diese Betrachtung mündet nach *Kant* in allgemeine Regeln, nach denen das *äußere Mein und Dein* (in Unterscheidung zum inneren, „angebornen" Mein und Dein), für alle gültig zu bestimmen ist, mündet also in eine Eigentumsordnung nach Vernunftgrundsätzen. Und so beginnt die Rechtslehre in ihrem Ersten Teil mit dem Privatrecht und dem Satz (in § 1): „Das Rechtlich-Meine ... ist dasjenige, womit ich so verbunden bin, daß der Gebrauch, den ein anderer ohne meine Einwilligung von ihm machen möchte, mich lädieren würde".[35] Der ganze Zweck des Staates ist es, die Allgemeingültigkeit jener Regeln über Erwerb und Innehabung des äußeren „Mein" und „Dein", die Verbindlichkeit der Eigentumsordnung also, durch seine Gesetze und ihre Durchsetzung im Sinne austeilender Gerechtigkeit sicherzustellen.

Zwar enthalten in der Sache – so Kant – „die Gesetze über das *Mein* und *Dein* im Naturzustande eben dasselbe, was die bürgerlichen vorschreiben, sofern

---

32 Fichte, *Grundlage des Naturrechts* (s. Fn. 2), hat dieses auf wechselseitige Begrenzung angelegte ursprüngliche Freiheitsrecht das „Urrecht" des Menschen genannt und als – allerdings notwendige – „blosse Fiction" gekennzeichnet, S. 112, vgl. § 10, S. 112 f., § 12, S. 120.

33 Zur Begrifflichkeit Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, Einteilung der Rechtslehre B., in: Werke, hrsg. v. W. Weischedel, Bd. IV (Wiesbaden: Insel 1956), S. 303 – 632, 345, 346.

34 Kant, *Metaphysik der Sitten* (s. Fn. 33), Rechtslehre, Einleitung §§ B, C, auch Einteilung der Rechtslehre B., S. 337, 345; bereits ders., *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, in: Werke (s. Fn. 33), Bd. VI (1964), S. 125 – 172, 144, 145. Zum folgenden auch Christoph Enders, „Mein Körper gehört mir" – Das Menschenrecht der Bestimmung über sich selbst und die Phänomenologie seiner Grenzen, in: Götting/Sternberg-Lieben (Hrsg.), *Der Mensch als Ware*, 2010, S. 59 – 73, 62 f.

35 Kant, *Metaphysik der Sitten* (s. Fn. 33), Rechtslehre, § 1, S. 353.

dieser bloß nach reinen Vernunftbegriffen gedacht wird".[36] Aber: Im Naturzustand ist „niemand des Seinen wider Gewalttätigkeit sicher".[37] Erst im bürgerlichen, d.i. staatlichen Zustand wird jeder, „dessen, was Rechtens ist, teilhaftig"[38], weil hier „jedem das, was für das Seine anerkannt werden soll, *gesetzlich* bestimmt (ist) und durch hinreichende Macht (die nicht die seinige, sondern eine äußere ist) zu Teil wird".[39] Die Pflicht, den Naturzustand zu verlassen und in den staatlichen einzutreten, damit vernünftige Rechtsgrundsätze die Verhältnisse der Menschen zueinander beherrschen, formuliert Kant darum in seiner „Allgemeinen Einteilung der Rechtspflichten" auch so: „*Tritt* ... in einen Zustand, worin jedem das Seine gegen jeden anderen gesichert sein kann".[40]

Gemeint ist aber offenkundig mit dem „Mein und Dein", mit dem „Seinen", dessen ein jeder teilhaftig werden soll und, ist es einmal öffentlich-rechtlich (durch die allgemein verbindlichen Gesetze des staatlichen Zustands also) anerkannt, auch wirklich teilhaftig wird, nicht das Eigentum im engeren Sinne eines Eigentums an beweglichen und unbeweglichen Sachen. Gemeint ist die *(Eigen-) Rechtssphäre*, die die Rechtsordnung durch ihre Regeln den Einzelnen als Rechtssubjekten verbindlich zuerkennt und durch deren Festlegung sie zu anderen Rechtssubjekten in ein Rechtsverhältnis gesetzt werden. In dieser Zuordnung von Rechtssphären erfüllt sich, was Hegel als den Zweck des Rechtsinstituts Eigentum charakterisiert – dass sich die „Person ... eine äußere Sphäre ihrer Freiheit geben" muss.[41]

Zwar wird eine solche Konstituierung von Rechtssphären durch die Rechtsordnung besonders deutlich, wenn wir sie anhand des Eigentums an Sachen exemplifizieren, insbesondere anhand des Grundstückseigentums. Dass und inwiefern Rechte aus dem wechselseitig gleichen Dürfen und Nicht-Dürfen aller ihr Maß empfangen, so dass die rechtlich den einen garantierten Verhaltensmöglichkeiten die aller anderen begrenzen, steht hier besonders anschaulich vor Augen: Die Nutzung meiner Rechtssphäre schließt andere und damit deren Übergriffe aus, umgekehrt aktualisiert die Überschreitung meiner Rechtssphäre sogleich das Störungsverbot und die entsprechenden Reaktionsansprüche der Betroffenen und kann weitere rechtliche Konsequenzen haben. Solange ich in meiner eigenen Rechtssphäre verbleibe, auf meiner Seite des Gartenzauns oder

36 Kant, *Metaphysik der Sitten* (s. Fn. 33), Rechtslehre, § 44, S. 431; vgl. bereits § 41, S. 423 f.
37 Kant, *Metaphysik der Sitten* (s. Fn. 33), Rechtslehre, § 42, S. 425.
38 Kant, *Metaphysik der Sitten* (s. Fn. 33), Rechtslehre, § 43, S. 429; bereits § 41, S. 422 f.
39 Kant, *Metaphysik der Sitten* (s. Fn. 33), Rechtslehre, § 43, S. 430.
40 Kant, *Metaphysik der Sitten* (s. Fn. 33), Rechtslehre, Einteilung der Rechtslehre A., S. 344; auch § 42, S. 424 f.
41 Hegel, *Grundlinien* (s. Fn. 1) § 41, S. 102.

der Hecke, kann meinen Freiheitsgebrauch niemand hindern, übersteige ich diese sichtbare und spürbare Grenze, werfe ich Gegenstände hinüber auf das andere Grundstück oder erzeuge ich unzumutbaren Lärm, überschreite ich meine Rechtssphäre, löse Abwehr- und möglicherweise Schadensersatzansprüche aus.

Der hier auf unbewegliche Sachen bezogene und beschränkte und (Eigen-) Rechtssphären besonders sinnfällig machende Eigentumsbegriff schöpft aber das von der Rechtsordnung in der Gestalt einer Rechtssphäre konstituierte „Mein" und „Dein" keineswegs aus, das entsteht, indem die individuelle Freiheitsentfaltung vom Recht in all denjenigen Auswirkungen verbindlich anerkannt wird, die die anderen Rechtssubjekte nicht ebensolcher Möglichkeiten beraubt. Kant bedient sich mit der Vorstellung von der rechtlich anerkannten individuellen Freiheitssphäre, wie sie in der begrifflichen Unterscheidung von „Mein" und „Dein" zum Ausdruck kommt, vielmehr eines sehr weiten Eigentumsverständnisses, wie es bereits der Rechtskonstruktion bei Hobbes oder Locke und besonders elaboriert bei Fichte zugrunde liegt, aber auch bei Hegel begegnet: So meint Hobbes, ein jeder könne aus den gesetzlichen Regeln entnehmen, „welche Güter er genießen und welche Handlungen er vornehmen darf, ohne von einem Mit-Untertanen belästigt zu werden. Und dies ist es, was man *Eigentum* nennt".[42] Gleichsinnig will John Locke „unter der allgemeinen Bezeichnung *Eigentum*" den Schutz des Lebens, der Freiheiten und des Vermögens verstanden wissen.[43] Nach *Johann Gottlieb Fichte*, der diesen Zusammenhang in seiner „Grundlage des Naturrechts nach den Principien der Wissenschaftslehre" (1796) besonders prägnant und präzise formuliert hat, kann es „kein rechtliches Verhältnis ohne eine positive Bestimmung der Grenze geben, wie weit der Gebrauch der Freiheit jedes Individuums gehen solle: oder was dasselbe heißt, ohne Bestimmung des Eigenthums im weitesten Sinne des Worts, inwiefern es nemlich nicht etwa nur den Besitz liegender Gründe oder dergl., sondern Rechte auf freie Handlungen in der Sinnenwelt überhaupt bezeichnet".[44] Im dergestalt weit aufgefassten Eigentum hebt sich, nach Hegel, „die bloße Subjektivität der Persönlichkeit auf"[45]; denn im persönlichen Eigentumsrecht an der Sache hat die Person ihr Dasein.[46] Darin liegt die funktional-notwendige Beziehung des Eigentums als äußeren Rechts zur (innerlich begründeten) Freiheit des Individuums, seinem freien Willen. Der Begriff der Sache muss demgemäß auch nach Hegel umfassend verstanden werden,

42 Hobbes, *Leviathan* (s. Fn. 17), 18. Kap., S. 140.
43 Locke, *Zwei Abhandlungen über die Regierung* (s. Fn. 16), II, § 123, S. 278.
44 Fichte, *Grundlage des Naturrechts* (s. Fn. 2), § 17 B., S. 195; vgl. bereits § 9, S. 112.
45 Hegel, *Grundlinien* (s. Fn. 1), § 41 Zusatz, S. 102.
46 Vgl. Hegel, *Grundlinien* (s. Fn. 1), § 40 Anm., S. 99, § 45, S. 107; § 51, S. 114 f.

nämlich „im allgemeinen Sinne als das der Freiheit überhaupt Äußerliche, wozu auch mein Körper, mein Leben gehört".[47]

Versteht man das Eigentum so auf alle äußere Rechtswirksamkeit des Individuums ausgreifend, bedeutet Eigentumsschutz stets zugleich Persönlichkeitsschutz und verlangt umgekehrt Persönlichkeitsschutz notwendig Eigentumsschutz. Denn individuelle Freiheit verwirklicht sich – über das Eigentum hinaus, wie es an beweglichen und unbeweglichen Sachen besteht – in ihren sämtlichen äußeren, dem Einzelnen zurechenbaren Manifestationen und deren funktional notwendigen Voraussetzungen. Zu diesen, deren rechtliche Anerkennung insgesamt die (Eigen-) Rechtssphäre des Individuums ausmacht, gehört aber ohne weiteres die Körperlichkeit des Menschen. Hegel konnte darum konstatieren: „*Meinem* Körper von andern angetane Gewalt, ist *Mir* angetane Gewalt"[48] – wobei zur vollumfänglichen Erfüllung des Rechtsgebots gehört, sich seiner Freiheit in rechtlicher Hinsicht auch bewusst zu werden, d. h. sich selbst als Person wahrzunehmen und zu gerieren („sei eine Person")[49], insofern „die unmittelbare natürliche Existenz aufzuheben und sich die Existenz nur als die seinige, als freie Existenz zu geben"[50], oder, wie es Kant formuliert: „sein *eigener Herr* (sui iuris) zu sein".[51]

Das schließt die Möglichkeit des Einzelnen ein, in Körperverletzungen einzuwilligen. Grundrechtlich gewendet kann es daher zweifelhaft sein und ist es tatsächlich umstritten, wo diese Dispositionsmöglichkeit letztlich den ihr angemessenen Ort hat: Wird sie als Ausdruck des allgemeinen Rechts auf Selbstbestimmung geschützt durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V. mit Art. 1 Abs. 1 GG)[52] – oder ist sie im Grundrecht auf Leben und körperliche

---

47 Hegel, *Grundlinien* (s. Fn. 1), § 40, S. 99.

48 Hegel, *Grundlinien* (s. Fn. 1), § 48, Anm., S. 112.

49 Hegel, *Grundlinien* (s. Fn. 1), § 36, S. 95: „Das Rechtsgebot ist daher: *sei eine Person und respektiere die anderen als Personen*"; bereits Kant formuliert als erste „Rechtspflicht": „Sei ein rechtlicher Mensch", als zweite Rechtspflicht dann das Respektsgebot: „Tue niemandem Unrecht", *Metaphysik der Sitten* (s. Fn. 33), Rechtslehre, Allgemeine Einteilung der Rechtspflichten, S. 344.

50 Hegel, *Grundlinien* (s. Fn. 1), § 57, Anm., S. 123.

51 Kant, *Metaphysik der Sitten* (s. Fn. 33), Rechtslehre, Allgemeine Einteilung der Rechte, S. 345, wo diese Qualität als unmittelbare Konsequenz des „angebornen Rechts" der Freiheit erscheint. Etwas anders versteht *Kant* sie im *Gemeinspruch* (Fn. 34) als Attribut bürgerlicher Selbständigkeit, das den Aktivbürger von den bloßen Schutzgenossen unterscheidet, S. 150.

52 BVerfGE 142, 313 (339 Rn. 74); 153, 182 (260 f., Rn. 204 ff., 207). In Art. 2 Abs. 1 GG heißt es „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt"; in Art. 1 Abs. 1 GG: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt."

Unversehrtheit verankert (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)[53]? Dass dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit eine subjektiv-rechtliche Verfügungskomponente innewohnt, ist jedenfalls klar und mit dem Charakter eines jeden subjektiven Rechts notwendig verbunden.

3.3 Der Körper und seine Befindlichkeit als Basis der Persönlichkeit

Zu diesen Überlegungen fügt sich, dass der Bundesgerichtshof (BGH) in einer Entscheidung vom 9. November 1993[54] „das Recht am eigenen Körper als gesetzlich ausgeformten Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts" verstanden wissen wollte. Schutzgut des § 823 Abs. 1 BGB – der unter anderem auch den Körper als Bestandteil der individuellen Rechtssphäre schützt[55] – sei nämlich „nicht die Materie, sondern das Seins- und Bestimmungsfeld der Persönlichkeit, das in der körperlichen Befindlichkeit materialisiert ist", m.a.W. schützt die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB den Körper als Bestandteil der individuellen Rechtssphäre, für die auch die körperliche Befindlichkeit eine zentrale Rolle spielt, nicht einfach nur der Körper als Sache. Es werden, um noch einmal mit *Fichte* zu sprechen, die in der Sinnenwelt erscheinenden „Bedingungen der Persönlichkeit" als Rechte gedacht.[56] Konsequent formuliert der BGH: „Die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB schützt den Körper als Basis der Persönlichkeit".

Damit werden nicht dem Körper oder einzelnen seiner Bestandteile Rechte zugesprochen. Der Körper, seine Integrität und insgesamt die körperliche Befindlichkeit werden unter dem Aspekt des Selbstbestimmungsrechts, als dessen Funktion und als persönlichkeitsbildendes Moment verstanden. An der solcherart persönlichkeitsrechtlich interpretierten Körperlichkeit können unter bestimmten Umständen auch vom Köper getrennte, aus ihm herausgelöste Bestandteile Anteil haben – dann nämlich, wenn sie nach dem Willen des Rechtsträgers ihre Funktion für seine körperliche Befindlichkeit behalten, so etwa, wenn sie reimplantiert

53 BVerfGE 128, 282 (300, 302); 133, 112 (131 Rn. 49). Nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG „hat [jeder] das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. [...] In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden".

54 BGH NJW 1994, 127.

55 Die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB normiert: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

56 Fichte, *Grundlage des Naturrechts* (s. Fn. 2), § 9, S. 112.

werden sollen: die zum Zwecke der Eigentransplantation entnommenen Haut- oder Knochenbestandteile, das für eine Eigenblutspende vorgesehene Blut, die für eine spätere Befruchtung entnommene Eizelle.

Denn das Selbstbestimmungsrecht, das die (Eigen-) Rechtssphäre in den Grenzen der rechtlich anerkannten Verfügungsmöglichkeiten des Rechtssubjekts definiert, verklammert abgetrennte Körperbestandteile mit dem Körper im Zeichen „körperlicher Befindlichkeit“ zu einer funktionalen Einheit. So kann etwa auch Sperma, das zu Zwecken der Fortpflanzung kryokonserviert wird, um zu einem späteren Zeitpunkt die körpertypische Funktion der Fortpflanzung zu erfüllen, als Element der körperlichen Befindlichkeit gelten, das der – vom Rechtsträger gewollten – Bewahrung körperlicher Funktionen dient und insofern eine funktionale Einheit mit der lebendigen körperlichen Existenz des Rechtsträgers bildet.

Zivilrechtlich hat dieser Umstand eine so schlichte wie handfeste Konsequenz: Die schuldhafte Vernichtung des Spermas – etwa durch die Universitätsklinik, die es zur weiteren Verwendung aufbewahren soll – führt als Körperverletzung zu einem Schmerzensgeldanspruch des Verletzten (auf der Basis von §§ 823 Abs. 1, 847 BGB).

4 Rechte des menschlichen Körpers als Grenzen individuellen Verhaltens?

Man könnte daran denken, dem menschlichen Körper Rechte zuzusprechen, soweit er individuelles Verhalten auch insofern rechtlich zu begrenzen vermag, als er *nicht* der Rechtssphäre des lebenden Menschen, also einer Person zugehört, auch nicht in dem soeben erörterten erweiterten Verständnis.

Einen solchen von der Person und ihrer Rechtssphäre losgelösten rechtlichen Schutz des menschlichen Körpers scheint etwa das Strafrecht mit seinem Verbot, die Totenruhe zu stören, zu konstituieren. „Wer unbefugt aus dem Gewahrsam des Berechtigten den Körper oder Teile des Körpers wegnimmt …“ wird allerdings bestraft (§ 168 StGB), verletzt indessen nicht gleich eigenständige Körperrechte. Dagegen spricht schon, dass hier der „Gewahrsam“ an Körper oder Körperteilen von Berechtigten ausgeübt wird, die von dem oder der Verstorbenen verschieden sind. Vor allem aber weist das Schutzgut des Verbots über die private Rechtssphäre hinaus, sei sie nun in Gestalt des postmortalen Achtungsanspruchs der Verstorbenen oder aber der Familienehre der hinterbliebenen Angehörigen (s. oben I) betroffen: Für eine Gesellschaft ist der wertschätzende Umgang mit ihren Toten eine Frage von allgemeinem, überindividuellem Interesse. Als Schutzgut

der Norm wird darum jedenfalls auch das *Pietätsgefühl der Allgemeinheit* angesehen.[57]

Hier scheint ein weiteres Grundprinzip unserer Rechtskultur auf: Dieses läuft nicht auf eine wie auch immer geartete eigene Berechtigung des Körpers hinaus. Rechte setzen Rechtspersönlichkeit voraus, an der es dem Körper, losgelöst von der Person und ihrer (Eigen-) Rechtssphäre fehlt. Soweit der Schutz des Rechts in der einen oder anderen Weise nicht unmittelbar den Lebenden gilt, ist aber doch der Körper von Menschen im Ganzen wie in seinen Teilen und biologischen Bauelementen, damit auch in seiner „Natürlichkeit", als Ausdruck der Natur des Menschen, ein Gegenstand von Achtung.

Ausdruck findet dieses Grundprinzip unserer Rechtskultur in der Anerkennung ungeschriebener Verhaltensmaßstäbe, wie sie sich unter dem Begriff des „Sittengesetzes" zusammenfassen lassen („gute Sitten"; „öffentliche Ordnung").[58] Sie stellen nicht nur Verhaltensmaßstäbe für den zwischenmenschlichen Umgang auf, sie beziehen sich auf die Entstehungsbedingungen menschlichen Lebens ebenso wie auf den angemessenen Umgang mit Toten und ihrem Körper. An solchen Verhaltensmaßstäben orientiert sich die Rechtsordnung der Sache nach oder ausdrücklich etwa dann, wenn es darum geht, einen manipulativen Umgang mit der körperlich-genetischen Disposition des Menschen zu verhindern, der einer wie auch immer motivierten Funktionalisierung und Instrumentalisierung dient. So kann der menschliche Körper in den einzelnen Phasen seiner Entstehung und Entwicklung von vornherein keine patentierbare Erfindung sein. Und für Verfahren zur gentechnischen Manipulation der menschlichen Keimbahn oder für die Verwendung von menschlichen Embryonen zu industriellen oder kommerziellen Zwecken werden keine Patente erteilt, weil sie ungeschriebene sozial-ethische Maßstäbe missachten (vgl. §§ 1a, 2 PatG).[59]

In dieser objektivierenden Stoßrichtung, wie sie sittlich begründeten Verhaltensmaßstäben eigen ist, kann sich am Ende der Schutz der Körperlichkeit sogar *gegen* das Rechtssubjekt richten, in dessen Integritätsinteresse Körperlichkeit sonst gewöhnlich Schutz erfährt. Der Schutz der eigenen Körperlichkeit beschränkt dann dessen Bestimmung über sich selbst – wie die strafrechtliche

57 Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl (s. Fn. 30), § 168 Rn. 1.

58 Vgl. hierzu Enders, „Mein Körper gehört mir" (s. Fn. 34), S. 66 f., 70 ff.

59 In § 1a Abs. 1 PatG heißt es: „Der menschliche Körper in den einzelnen Phasen seiner Entstehung und Entwicklung, einschließlich der Keimzellen, sowie die bloße Entdeckung eines seiner Bestandteile, einschließlich der Sequenz oder Teilsequenz eines Gens, können keine patentierbaren Erfindungen sein [...]; § 2 PatG statuiert in Absatz 1: „Für Erfindungen, deren gewerbliche Verwertung gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen würde, werden keine Patente erteilt [...]"

Begrenzung einer rechtfertigenden Einwilligung in Körperverletzungen, § 228 StGB[60], zeigt.

Derlei Autonomiebeschränkungen wollen freilich allesamt nicht Rechte des Körpers[61] statuieren. Sie zeugen von der Achtung vor der Körperlichkeit des Menschen und deren natürlicher Disposition und rekurrieren für diesen Achtungsanspruch normativ auf Regeln der Sittlichkeit, wie sie selbst in einer aufgeklärten und diversen Gesellschaft – so jedenfalls das Postulat – für allgemeinverbindlich erachtet werden: die guten Sitten, die öffentliche Ordnung – mag eine solche Grenzziehung durch Berufung auf vor- und außerrechtliche Grundsätze im Recht des demokratischen Rechtsstaats auch noch so schwierig und problematisch sein.

5 Schluss: Keine Berechtigung des menschlichen Körpers aus eigenem Recht

Der Körper ist Bestandteil der individuellen (Eigen-)Rechtssphäre, die die äußere Erscheinung der Rechtspersönlichkeit des Menschen und ihre Wirkungen in der Erfahrungswelt erfasst und vor Übergriffen schützt. Als Gegenstand der Achtung begegnet der menschliche Körper darüber hinaus – auch in seinen natürlich gegebenen Anlagen – als Schutzgut in allgemein als verbindlich erachteten Verhaltensregeln sozial-ethischen Charakters, wie sie unter dem Titel der „guten Sitten“ oder der „öffentlichen Ordnung“ vom Recht inkorporiert werden. Dagegen kommt dem menschlichen Körper keine Berechtigung aus eigenem Recht zu. Rechte des Körpers im eigentlichen Sinne gibt es nicht.

60 § 228 StGB normiert: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.“

61 Vgl. auch Kristian Kühl, in Lackner/Kühl (s. Fn. 30), § 228 Rn. 11; es gehe um das Allgemeininteresse am Erhalt der Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit.

Sebastian Rödl, Leipzig
Der Leib und das Recht

1 Einleitung

In einer Reihe von Bereichen zeigen sich Schwierigkeiten in der rechtlichen Behandlung des menschlichen Leibs. Die Schwierigkeiten, die ich meine, ergeben sich auf folgende Weise. Was im Recht als Eigentum auftreten kann, ist nicht inhaltlich begrenzt, sondern rein formal bestimmt: Es muss eine abgrenzbare physische Wirklichkeit sein. Der menschliche Leib, seine Organe und Glieder, erfüllen diese Bedingung. So kann es scheinen, als hätte ich an meinem Leib Eigentum. Dann kann ich ihn anderen zum Gebrauch überlassen, in Prostitution oder Leihmutterschaft, ich kann seine Teile verkaufen, meinen Samen, eine Niere, meine Haare. So, nämlich indem ich sie ihm übertrage, kann dann jemand Rechte an meinem Leib und seinen Teilen haben. Dasselbe kann so eintreten, dass einer Eigentum an etwas hat, das meinem Leib einverleibt wird, eine Endoprothese etwa. In allen diesen Fällen ist argumentiert worden, dass die einschlägigen privatrechtlichen Prinzipien ungebrochen anzuwenden sind; gleichzeitig sind in diesen Fällen, in Gesetzgebung und Rechtsprechung, je verschieden in verschiedenen Ländern, diese Prinzipien eingeschränkt oder außer Kraft.

Man kann versucht sein, die Quelle der Schwierigkeiten in einer Spannung zu verorten, in der Freiheit und Leben im Menschen zueinanderstehen. Die fragliche Spannung könnte wie folgt entwickelt werden. Der Leib ist das, worin die natürliche Lebendigkeit des Menschen liegt. Damit meine ich die Lebendigkeit, die das Tier ausmacht. Am menschlichen Leib hat dann die Idee ihren Anhalt, der Mensch sei ein Tier, nämlich eine bestimmte Tierart. Das Recht dagegen ist ein Prinzip der Freiheit. In dem und durch das Recht ist der Mensch frei, und das unterscheidet ihn von jedem Tier. Daran hat die Idee ihren Anhalt, der Mensch sei kein Tier, nämlich anders vom Tier unterschieden als eine Tierart von einer anderen.

Indem der Mensch im Recht frei ist, kann es scheinen, dass das Recht von der natürlichen Lebendigkeit des Menschen, wie sie in seinem Leib vorliegt, absieht. In den genannten Schwierigkeiten würde sich diese natürliche Lebendigkeit melden. Sie würden vorführen, dass der Begriff, den das Recht von seinem Subjekt, dem Rechtssubjekt, bildet, den Menschen verstümmelt, nämlich entleibt. Daran ließe sich eine Rechtskritik anschließen, die in dem Sinn naturalistisch genannt werden kann, dass sie der natürlichen Lebendigkeit des Menschen gegen die Abstraktion des Rechts zu ihrem Recht verhelfen will.

 https://doi.org/10.1515/9783110784985-003

Ich denke, dass dieses Verständnis der Schwierigkeit, also dieses Verständnis des Rechts und der Weise, in der im menschlichen Leib das Recht an eine Grenze kommt, fehlgeht. Das liegt daran, dass der Mensch kein natürliches Leben hat. Die Idee, er hätte eins, und damit die Idee, das Recht fände an diesem natürlichen Leben eine Grenze, verleugnet das Lebens, das der Mensch hat. Der Leib übersteigt allerdings das Recht, und er übersteigt das Recht als Leben, aber nicht als natürliches Leben, nicht als ein Leben, in dem der Mensch ein Tier wäre.

Man möchte sagen, dass der Mensch offensichtlich ein natürliches Leben führt, da er frisst und scheißt, Junge kriegt und stirbt. Das ist so überzeugend wie zu erklären, dass die Lebenstätigkeit eines Organismus ein chemischer Prozess ist, da sie sich durch chemische Reaktionen vollzieht. Allerdings laufen chemische Reaktionen ab, wenn sich eine Zelle teilt. Die Lebenstätigkeit aber liegt jenseits dessen, was chemisch verstanden werden kann, nämlich kraft der Form ihres Prinzips. Ich werde über den formalen Charakter des Lebens gleich sprechen. Das wird nebenbei zeigen, weshalb der Lebensprozess keine chemische Reaktion ist. Nebenbei, weil es mir darum nicht geht. Ich werde über das natürliche Leben sprechen, nicht um es nach unten abzugrenzen, sondern nach oben, indem ich frage, ob der formale Charakter des natürlichen Lebens der des Menschen sein kann. Hier lässt sich festhalten, dass diese Frage nicht entschieden ist damit, dass der Mensch frisst und Junge kriegt.

Es ist ein alter Gedanke, dass Recht und Gerechtigkeit wohl hoch zu ehren sind, dass sie aber nicht das Höchste sind und nicht das Beste. Und oft soll es der menschliche Leib sein, worin wir diesen Gedanken ausgewiesen sehen. In der Bibel wird der alte Bund, der Bund des Gesetzes, überwunden durch den neuen Bund, den Bund der Liebe. Und dieser neue Bund wird geschlossen durch den Leib und das Blut Jesu Christi. Lévinas und Logstrup setzen das menschliche Leben in eine bestimmte Antwort auf den anderen Menschen, eine Antwort, die jenseits des Rechts liegt, jenseits derjenigen Freiheit und der Unfreiheit, die das Recht ausmacht. Und bei beiden ist die sinnliche Gegenwart des anderen Menschen, seine Nähe und also sein Leib, dasjenige, worauf diese Antwort antwortet. Lévinas und Logstrup gehören nicht nur beide der jüdisch-christlichen Tradition an. Sie wollen den Sinn dieser Tradition aussprechen. Wenn sie recht haben, gehört zu diesem Sinn der Gedanke, dass der menschliche Leib ein Leben ist, das nicht natürlich ist. Ob sie recht haben, interessiert mich hier nicht. Mein Interesse gilt dem genannten Gedanken, denn ich glaube, dass er es ist, der wirkt, wenn der menschliche Leib den Begriffen des Privatrechts zu entragen scheint.

Ich werde zunächst das natürliche Leben besprechen (Abschnitt 2), dann zeigen, wie das praktische Denken des Guten nicht in das natürliche Leben eingefangen werden kann (Abschnitt 3), dann erläutern, wie das Recht und seine Freiheit das natürliche Leben überschreiten, das jedoch unvollkommen, nämlich

nur abstrakt tut (Abschnitt 4). Im menschlichen Leib, das wird dann sichtbar werden, macht sich nicht das natürliche Leben gegen die Freiheit geltend, sondern im menschlichen Leib ist das natürliche Leben vollkommen vernichtet (Abschnitt 5). Es versteht sich, dass das Folgende nur eine Skizze sein kann, die dazu ermutigen soll, ihre Schritte näher zu durchdenken.

2 Das natürliche Leben

Formal beschrieben ist das natürliche Leben Tätigkeit, die zu sich selbst zurückkehrt. Das kann gar als Bestimmung des Lebens überhaupt gelten. Damit das aber sichtbar wird, müssen wir diese Bestimmung erst am natürlichen Leben entwickeln. Das natürliche Leben kehrt dreifach zu sich zurück: als innerer Prozess, als äußerer Prozess, als Gattungsprozess.

2.1 Der innere Prozess

Das Element des Lebens ist der teleologische Prozess, in dem etwas geschieht umwillen eines Zwecks. In diesem Zweck kommt das, was um seinetwillen geschieht, an sein Ende. Deshalb heißt „Zweck“ auf englisch „end“ und auf lateinisch „finis“. So will ich Mayonnaise machen; das zu tun ist mein Zweck. Der ist erreicht, wenn ich Mayonnaise gemacht habe und sie in der Schale vor mir steht. Oder eine Biene saugt Nektar aus der Blüte einer Goldrute; das zu tun ist ihr Zweck. Der ist erreicht, wenn sie die Blüte ausgesaugt hat und der Nektar in ihrem Honigmagen ist. Dieselbe Form findet sich ohne Bewusstsein: Es ist die Aufgabe eines bestimmten Enzyms, im Verlauf der DNA-Replikation die Stränge zu trennen. In einem gegebenen Fall hat es seine Aufgabe erfüllt, wenn die Stränge getrennt sind.

Es scheint, als kehrte der teleologische Prozess gerade nicht zu sich zurück. Er bringt sich zu Ende in seinem Zweck. Der teleologische Prozess ist jedoch Element des Lebens, und das Leben ist der teleologische Prozess, der zu sich zurückkehrt. Er kehrt in sich zurück, indem das, was Mittel eines Elements ist, Zweck eines anderen ist, und das so, dass sich die Kette zu einem Kreis schließt: Damit A geschieht, braucht es a, welches da ist, indem B geschieht; damit B geschieht, braucht es b, welches da ist, indem C geschieht, und so weiter, bis Z geschieht, wofür es z braucht, welches da ist, indem A geschieht.

Indem sich die Kette zum Kreis schließt, werden alle äußeren Bedingungen dafür, dass sich der Zweck verwirklicht, zu inneren. Während jeder bestimmte Zweck darauf angewiesen ist, dass ihm sein Mittel bereitgestellt wird, enthält der

Kreis alle diese Mittel in sich selbst. Es gibt daher keine Bedingungen außerhalb seiner, die gegeben sein müssten, damit er sich vollzieht. Der Kreis wiederholt sich daher nicht zufällig; er wiederholt sich durch sich selbst.[1] Er bringt beständig seine Wirklichkeit hervor, zu jedem Zeitpunkt sich erneuernd, Zerfall und Aufstieg des Phönix in jedem Augenblick unmittelbar identisch.

In einem solchen Kreis, indem er Kreis ist, nicht Punkt, sind Elemente unterschieden als solche, die verschiedenes tun. Sie sind Mittel, und also können wir sie Werkzeuge nennen, Organe also, und ihren Zusammenhang einen Organismus. Diese Mittel sind ebenso Zwecke; alle sind Mittel zu allen als Zwecken. Während wir bezogen auf ein Element des Kreises ihn selbst als Zweck von seinem Mittel unterscheiden können, ist das bezogen auf den Kreis im Ganzen nicht möglich. Er ist Zweck, der sein eigenes Mittel ist und daher innerer Zweck und inneres Mittel. Das ist der innere Prozess des Lebens.

2.2 Der äußere Prozess

Ein Organismus ist einer nicht nur als Einheit seiner Elemente, sondern indem er sich unterscheidet von dem, was er nicht ist. Er unterscheidet sich von dem, was er nicht ist, indem er als ganzer handelt, und das, da er als ganzer einen Zweck verwirklicht, der dann Zweck des Organismus als ganzem ist. Einen solchen Zweck gibt es im inneren Prozess nicht. Dort *ist* der Organismus Zweck, ein Zweck, der sein eigenes Mittel ist. Hier *hat* der Organismus einen Zweck, zu dem deshalb äußere Mittel nötig sind. Die Beispiele, mit denen wir begonnen haben, die Biene, die Nektar saugt, und ich, der ich Mayonnaise mache, sind von dieser Art. Sie sind Elemente des äußeren Prozesses.

Es wäre möglich, hier tiefer einzudringen und zu erörtern, wie der äußere Prozess – in dem der Organismus Zwecke hat – eine Bedingung des inneren Prozesses ist – in dem der Organismus Zweck ist. Vorläufig angezeigt ist es so, dass die Gliederung des Organismus, durch die er Kreis ist und nicht Punkt, also die Bestimmtheit seiner Elemente gegeneinander, nur so besteht, dass der Organismus als ganzer bestimmt ist. Und das ist er, indem er sich unterscheidet von dem, was er nicht ist. Wir müssen das so vorläufig stehen lassen.

---

1 Er wiederholt sich auch nicht so, wie sich der Wasserkreislauf wiederholt. Der hat Bedingungen außerhalb seiner. Diesen Unterschied entwickelt Aristoteles in *De Anima* (Aristoteles, *De Anima* (Hamburg: Meiner 1995)). Evan Thompson registriert ihn, kann ihn aber nicht auf den Begriff bringen (vgl. Evan Thompson, *Mind in Life. Biology, Phenomenology and the Sciences of Mind* (Cambridge (Mass.): Harvard University Press 2010).

Der Punkt ist jedoch wichtig, weil man versucht sein kann, die Äußerlichkeit der Mittel im äußeren Prozess so aufzuheben, dass man den äußeren Prozess erneut als einen inneren versteht. Das führt zu der Vorstellung von Ökosystemen, der Erde oder der Natur überhaupt als Lebewesen. Solche Vorstellungen werden einerseits als wissenschaftliche Hypothese vorgetragen, andererseits als ethisch hochstehende Auffassung empfohlen. Wenn diese Idee sentimental wirkt – wenn Mufasa Simba das große Ganze als *ein* Leben erklärt – wird darin undeutlich wahrgenommen, was eine logische Unstimmigkeit ist. Es ist nicht möglich, den äußeren Prozess in einen inneren umzubiegen, weil, wie eben vorläufig bemerkt, der innere Prozess seine Bestimmtheit nur dadurch hat, dass er sich als ganzer von dem, was er nicht ist, unterscheidet. Die Idee eines totalen und dabei inneren Prozesses ist widersinnig.

Im äußeren Prozess bezieht sich das Lebewesen auf das, was es nicht ist, und zwar so, dass es diesen Gegensatz auflöst. Es löst ihn auf, indem es das, was es nicht ist, in sich hineinnimmt, sich einverleibt, seinem inneren Prozess unterwirft. Diese Beziehung auf das, was es nicht ist, ist darin total – das Tier bezieht sich auf alles, was es nicht ist – dass es grundsätzlich alles seinem äußeren Prozess als Mittel unterordnet. Das Tier ist vorab auf alles so bezogen, dass es alles als sein Mittel weiß. (Das ist in der empirischen Psychologie als die Form seiner Wahrnehmung beschrieben worden: Das Tier nimmt *affordances* wahr.)

Das Leben kehrt auch als äußerer Prozess zu sich zurück, jedoch nicht, indem wie im inneren Prozess das Mittel ein inneres wäre. Im Gegenteil ist der äußere Prozess des Tiers gerade der, ein Äußeres zu seinem Mittel zu machen. Und das geschieht so, dass darin das Tier seinen Gegensatz gegen das, was es nicht ist, erneuert, also die Äußerlichkeit seines Mittels wiederherstellt. Der äußere Prozess wiederholt sich wie eine Aufgabe, die sich neu stellt, eben indem sie gelöst wurde.

Der Schimpanse ergreift und verspeist die Erdbeere. Das tut er als Ganzes; kein Teil von ihm tut es, wenn auch Teile, seine Glieder, darin zusammenhängend tätig sind. Die werden aber bestimmt von ihm als Ganzem. Das Prinzip seiner Tätigkeit ist nicht ein Prinzip irgendeines seiner Glieder, und es ergibt sich auch nicht aus dem Zusammentreten solcher Prinzipien. Seine Glieder, Hand, Fuß, Rumpf, haben kein anderes Prinzip als die Tätigkeit des ganzen Schimpansen. Der Schimpanse als Ganzer herrscht über seine Teile. Das bedeutet, dass er in seinem äußeren Prozess nicht nur als Ganzer handelt, sondern auch als einfach. Bewusstsein, nämlich Wahrnehmung, Begehren und die Empfindung von Lust und Unlust, ist die Tätigkeit, in der das Lebewesen einfach ist. Diese einfache Tätigkeit

– Bewusstsein – ist im äußeren Prozess als dessen Prinzip wirksam. Das Lebewesen als einfach: Das ist die Seele.[2]

2.3 Der Gattungsprozess

Im äußeren Prozess führt das Lebewesen durch, dass das, was anders ist als es selbst, tatsächlich es selbst ist, nämlich sein Mittel. Wie oben bemerkt, kehrt dieser Prozess so zu sich zurück, dass das, was anders ist als das Lebewesen, erneut als anders hervortritt, nur damit das Lebewesen es sich erneut einverleiben kann. Der Prozess nun, in dem ein Lebewesen entsteht, ist der Grund seines äußeren Prozesses als Ganzem. Daher ist er nicht ein Moment des äußeren Prozesses eines einzelnen Lebewesens, sondern übergreift diesen.

Ein Lebewesen entsteht nicht durch Vorgänge, die nicht sein eigener Prozess sind. Das bedeutet nicht, dass ein Lebewesen weitere Lebewesen herstellt oder macht. Diese Begriffe charakterisieren den äußeren Prozess, der zum einzelnen Lebewesen und seinem Gegensatz gegen das, was es nicht ist, zurückkehrt. Sondern es bedeutet, dass der Prozess des natürlichen Lebens grundlegend der Prozess ist, in dem ein Lebewesen aus einem anderen entsteht. Der Lebensprozess ist eben dieses Entstehen des einen aus dem anderen: Gattungsprozess. Das eine wie das andere Lebewesen – das, das entsteht, wie das, aus dem es entsteht – sind Momente des Prozesses. Nicht nur ist das Entstehen eines Lebewesens nicht dem äußeren Prozess eines einzelnen Lebewesens eingeordnet. Sondern umgekehrt ist jeder äußere Prozess dem Prozess dieses Entstehens eingeordnet.

Der Gattungsprozess unterscheidet das einzelne Lebewesen von seiner Gattung. Seine Gattung, diese Allgemeinheit, ist keine äußere Zusammenfassung gleichartiger Lebewesen. Sondern der Prozess selbst unterscheidet eines von einem anderen Lebewesen, die in eben diesem Prozess ebenso sehr dasselbe sind. So ist es dieser Prozess, der kraft seiner logischen Form die Gattung als das, was dasselbe bleibt und sich wiederholt, abhebt von dem, was wechselt und immer anderes ist.

Im Gattungsprozess entsteht ein Lebewesen aus einem anderen. Oder es vergeht ein Lebewesen in einem anderen. Das ist derselbe Gedanke. Das heißt nicht, dass stets die Geburt im selben Augenblick der Tod ist. Sondern es heißt, dass seiner logischen Form nach im Gattungsprozess Geburt und Tod eines sind.

---

2 Wittgenstein scheint das gut verstanden zu haben, wenn er einerseits sagt, dass eine Seele, die nicht einfach ist, keine Seele wäre, und andererseits, dass die anschauliche Darstellung der Seele nichts anderes darstellt als das Lebewesen.

Es ist daher vollkommen verstehbar, wenn, wie bei der Gottesanbeterin, ein Lebewesen im Moment der Begattung zur Nahrung des Nachwuchses wird. Auch wo das nicht so ist, wie beim Elefanten, verausgabt sich das Lebewesen im Gattungsprozess. Der äußere Prozess des einzelnen Lebewesens als ganzer ist nichts als ein Moment des Gattungsprozesses, und daher ist die Wahrheit des äußeren Prozesses dies, dass sich das einzelne Lebewesen in ihm zu Ende bringt. Eben indem das einzelne Lebewesen aus einem anderen entsteht und also Gattungsprozess ist, hat sein Leben keine andere Bestimmung als die, sich in eben diesem Prozess zu vernichten. Für sich betrachtet ist der äußere Prozess der, in dem das Lebewesen sich selbst erhält. Indem er Gattungsprozess ist, ist der äußere Prozess gerade darin, dass sich das Lebewesen in ihm enthält, der Prozess, in dem es untergeht. Jedes Tun des Lebewesens ist doppelt bestimmt als sein Sich-Erhalten und sein Sich-zu-Ende-Bringen; es ist dieses, gerade insofern es jenes ist, und umgekehrt. Genau darin ist es Tätigkeit, die zu sich zurückkehrt.

Der Gattungsprozess ist der innere Stoffwechsel der Gattung, die sich erhält durch die Folge der einzelnen Lebewesen. Auch hier ist das natürliche Leben Wiederholung; eines wiederholt ein anderes. Als Gattungsprozess ist die Gattung daher nicht einfach, sondern zerstreut in die unabschließbare Reihe der immer anderen Lebewesen.

3 Das praktische Denken als natürliches Leben

Viele Begriffe, die praktisch bedeutsam scheinen, wie Schmerz, Verletzung, Schrei, Gewalt, gründen in der eben beschriebenen logischen Form: Die zu sich zurückkehrende Tätigkeit, Leben, ist ihre Quelle und ihr Wesen. Das legt es nahe, das praktische Denken als zum Bewusstsein seiner selbst gekommenes natürliches Leben zu verstehen. Da Bewusstsein das Prinzip des äußeren Prozesses ist, wäre das praktische Denken zuerst äußerer Prozess.

3.1 Das praktische Denken als äußerer Prozess

Ein Zweck als solcher ist ein Maß des Guten: Er unterscheidet, was für ihn gut ist, von dem, was für ihn schlecht ist. Gut ist, was ihm dienlich und zuträglich ist, schlecht, was ihn hemmt und vereitelt.

Der äußere Prozess des Lebewesens, und durch ihn vermittelt sein innerer Prozess, ist nun ein Zweck, der keines anderen Zwecks Mittel ist, sondern Mittel und also Zweck seiner selbst: Er verwirklicht sich durch sich selbst und ist seine eigene Wiederholung. Deshalb können wir davon sprechen, dass etwas gut ist

nicht nur für diesen oder jenen Zweck, sondern für ein Lebewesen. Das bedeutet, dass es seinen Prozess fördert und ihm zuträglich ist.

Lust und Schmerz sind das sinnliche Bewusstsein des Zusammenstimmens der Lebenstätigkeit mit sich selbst. Deswegen lässt sich auch sagen, dass seine Lust für das Lebewesen gut ist und sein Schmerz schlecht. Das führt nichts ein über das hinaus, was wir eben dazu gesagt haben, was „gut für ein Lebewesen" heißt. Die Lust ist gut für das Lebewesen als das sinnliche Bewusstsein dessen, was für es gut ist, als solches. (Die sinnliche Lust ist Selbstgefühl.)

Ein Zweck kehrt nicht zu sich zurück, wenn der Prozess, der ihn verwirklicht, in ihm, dem Zweck, endet. Was einen solchen Zweck fördert, ist gut für den Zweck und in diesem Sinn relativ gut. Unsere Ausdrucksweise mag nahelegen, dass das, was gut ist für ein Lebewesen, ebenso relativ gut ist. Das ist aber falsch. Was gut ist für einen Zweck, der nicht zu sich zurückkehrt, ist relativ gut, da erneut gefragt werden kann, wozu das, wofür es gut ist – dieser Zweck – seinerseits gut ist. Im inneren Prozess des Lebens jedoch ist jeder Zweck als solcher Mittel und also sein eigenes Mittel. Das wofür er gut ist, ist also er selbst. Kraft seiner logischen Form hat er die Frage danach, wofür er gut sei, immer schon beantwortet. In dieser Weise ist er an sich selbst und durch sich selbst gut. Dasselbe gilt für das Lebewesen als Ganzes in seinem äußeren Prozess. Auch dieser Prozess wiederholt sich durch sich selbst, und also ist jedes Element dieses Prozesses, indem es gut für etwas ist, gut für sich selbst. Wenn wir übergehen von „gut für einen bestimmten Zweck" zu „gut für ein Lebewesen", setzen wir also nicht etwas anderes an die Stelle dessen, relativ wozu etwas gut ist. Sondern wir überschreiten die Relativität des Gutseins. In dem Sinn, in dem relativ gut ist, was gut ist für einen bestimmten Zweck, ist das, was gut ist für ein Lebewesen, absolut gut.

Dass jedes Lebewesen ein absoluter Zweck ist, sagt nicht, dass es ein Zweck wäre, den andere – andere Lebewesen, die Zwecke verfolgen, nämlich in ihrem äußeren Prozess – sich vorsetzen könnten oder sollten. Im Gegenteil. Dann wäre es ein relativer Zweck, einer, der nicht sein eigenes Mittel ist und sich nicht durch sich selbst verwirklicht. Die Fliege an unserem Fenster ist ein absoluter Zweck. Sie ist für sich selbst und an sich selbst Zweck. Sie ist nicht der Zweck unserer Katze Charly, die sie vielmehr erschlägt und auffrisst, worin sie selbst absoluter Zweck ist.

Die logische Verirrung, in der zunächst etwas als absoluter Zweck eingesehen wird (der äußere Prozess des Lebens und die ihm innerliche Lust), und dann, und auf dieser Grundlage, dieser als Zweck, den jemand verfolgen soll, hingestellt wird (worin die Grundlage dem, was aus ihr gefolgert wird, logisch inkongruent

ist), ist der Utilitarismus.[3] Die Lust ist das Bewusstsein des äußeren Prozesses, in dem und durch das dieser sich als sich selbst erhält. Eben darin ist die Lust absoluter Zweck oder das Gute selbst. Indem diese logische Verbindung der Lust mit dem Guten unklar wahrgenommen wird, zugleich aber und dagegen das Gute als das Produkt eines äußeren Zwecks verstanden wird, entsteht die irre Idee, es sei schlechthin gut – und also schlechthin gut zu tun, was dazu führt – dass Lust da ist.[4]

Denken ist eine Art des Bewusstseins, und Bewusstsein ist der äußere Prozess, in dem das Lebewesen als Ganzes handelt und so als einfach tätig ist. Also wird sich das praktische Denken, in dem das Leben sich selbst denkt, direkt auf den äußeren Prozess des natürlichen Lebens beziehen, und nur indirekt auf den inneren: Das praktische Denken regiert nicht (nicht direkt) die Verdauung, sondern (und zwar direkt) die Ernte der Kartoffel.

Denken ist allgemeines Bewusstsein, sein Gegenstand ist das Allgemeine. Das Allgemeine des äußeren Prozesses nun ist das, was in diesem stets das gleiche ist, indem es sich beständig wiederholt. Ein Leben ist also praktisches Denken, indem es ein praktisches Bewusstsein des Allgemeinen seines äußeren Prozesses ist oder seines Gesetzes: dessen, was wir angeben, wenn wir angeben, was sich, und zwar durch sich selbst, wiederholt. Ein solches Bewusstsein würde sich aussprechen in dem Ausdruck „ich". Dieses „ich" wäre allgemein und ein Begriff, indem es das ausspräche, was stets dasselbe ist. Zugleich wäre es das Bewusstsein eines einzelnen Lebewesens von sich selbst. Wenn wir jedoch sagen, „ich" bezeichne in dieser Weise ein einzelnes Bewusstsein, unterschieden von einem allgemeinen, beschreiben wir es von außen. Der äußere Prozess ist die Beziehung des Lebewesens auf das, was es nicht ist, eine totale Beziehung seiner auf alles. Eine Beziehung auf ein anderes Lebewesen als solches ist im äußeren Prozess nicht vorhanden. Ein praktisches Denken des äußeren Prozesses hat also kein Bewusstsein einer Vielheit, in Bezug auf die es einzeln wäre. Das praktische Denken

---

3 Diese Verirrung teilen Interpreten Kants, die meinen, dass Kant, wenn er den Menschen, jeden Menschen, als Zweck an sich beschreibt, sagen will, dass es ein letzter Zweck sei, dem unbedingt zugearbeitet werden müsse, dass jedes Menschen Leben erhalten wird. Derselbe Utilitarismus spricht sich in der Idee aus, es sei ein letztes Ziel, dafür zu sorgen, dass niemand Schmerzen habe oder Gewalt erfahre oder Hunger leide. Diese Ziele lassen sich stimmig auf Tiere ausdehnen, denn auch die haben einen äußeren Prozess und sind also absolute Zwecke, Zwecke an sich. Die Überlegung ist aber in jeder Anwendung sinnlos aufgrund ihrer Verkehrung eines absoluten in einen äußeren Zweck.

4 Was es nötig hat, durch eine von ihm selbst verschiedene Tätigkeit hervorgebracht zu werden, gar von mir, hat nicht die Majestät, durch die sich das Gute zu erkennen gibt. Das kann umgekehrt werden: Die Idee, dass ich Lust hervorbringen soll, meine, deine, die der Henne oder der Wachtel, ist eine Verachtung der Lust und des Tiers.

des äußeren Prozesses ist solipsistisch nicht in dem Sinn, dass es unfähig wäre, einen anderen als solchen zu erkennen, sondern in dem Sinn, dass seine logische Form das Bewusstsein des anderen als solchen ausschließt.[5]

Wenn wir versuchen, dieses praktische Denken dadurch fasslicher zu machen, dass wir sprachliche Zeichen bilden, die es aussprächen, dann können wir neben „ich" auch „der Zweck" verwenden oder „das Gute". Ja, die erhellendste Schreibweise wäre eine, die die Wörter „ich" und „das Gute" übereinander blendet. *Ich bin ich* heißt, *ich bin gut*, was seinerseits heißt, *das Gute ist gut*. Denn das praktische Denken als das Denken des Allgemeinen des äußeren Prozesses ist das Bewusstsein des Lebewesens als absoluten Zwecks und also als das Gute selbst, gleichsam die Idee des Guten, in Bezug auf welche ein jegliches gut oder schlecht genannt wird.

Das praktische Denken, so bestimmt, ist das allgemeine Bewusstsein des äußeren Prozesses als absoluten Zwecks. So wird es beschrieben von Hobbes, nach dem das praktische Gesetz fordert, alles zu tun, was das eigene Leben erhält und es angenehm macht, so dass man unbedingt recht tut, alles zu tun, was das eigene Leben erhält und es angenehm macht. Wir verstehen, weshalb Hobbes beides anführt, den Erhalt des Lebens und seine Annehmlichkeit, ohne damit zwei verschiedene Zwecke anzugeben. Denn das Angenehme ist der formale Gegenstand der Lust, also des sinnlichen Bewusstseins der Zweckmäßigkeit der Lebenstätigkeit, seiner Zweckmäßigkeit für sich selbst. Die Rede davon, dass etwas gut und richtig sei, hat also nach Hobbes sein Prinzip im äußeren Prozess, in der Wiederholung des Lebewesens durch sich selbst, vermittelt durch das sinnliche Bewusstsein seiner selbst, der Lust.

Im Unterschied zum oben berührten Utilitarismus gibt Hobbes keine logisch widersinnige Bestimmung dessen, was das Gute ist. Jedoch wird man sagen, was Hobbes vorträgt: Das Gute, das bin ich, das ist die Bosheit selbst. Das praktische Denken, wie es Hobbes beschreibt – sein Gesetz der Natur und sein Gesetz der Vernunft – betrachtet alles, was ich nicht bin, als mein Mittel. Ich bin das wahre Zentrum des Kosmos, alles ist, sofern es ist, für mich. Nun ist es wahr, und jeder

---

5 In Nagels Worten wäre es kein Bewußtsein von mir als „one among many, equally real" (vgl. Thomas Nagel, *The Possibility of Altruism* (Oxford: Clarendon Press 1970), Ch. 9 – 12. Im äußeren Prozess ist das Lebewesen nicht ebenso wirklich wie das, was es nicht ist. In seinem äußeren Prozess verneint das Lebewesen durch die Tat, dass das, was es nicht ist, Wirklichkeit hat. Es beweist die Nichtigkeit dessen, was es nicht ist, worin sich, wie Hegel erklärt, das Lebewesen als Idealist zeigt. So ist die Fliege in Charlys äußerem Prozess nicht so wirklich wie sie selbst, wie Charly. Sie ist, was zu fressen und so zu vernichten ist. Charly ist a priori die Gewißheit der Nichtigkeit der Fliege. Indem Charly die Fliege frißt, gibt sie sich, sagt Hegel, die Wahrheit dieser Gewißheit.

weiß, dass der, dessen praktisches Denken durch Hobbes' Gesetz bestimmt ist, böse ist. Das aber zeigt nicht, wie die Rede von gut und richtig, praktisch verwendet, einen anderen Sinn haben kann.

3.2 Das praktische Denken als Gattungsprozess

Das natürliche Leben ist nicht nur äußerer Prozess. Es ist Gattungsprozess. Im Gattungsprozess ist das Lebewesen nicht nur bezogen auf das, was es nicht ist. Es ist bezogen auf seinesgleichen als solches. Wenn das praktische Denken Bewusstsein ist, durch das sich das Leben vollzieht, mag es also nicht nur Bewusstsein des äußeren Prozesses, sondern Bewusstsein des Gattungsprozesses sein. Als Denken wäre es wieder Bewusstsein dessen, was im Prozess dasselbe bleibt in dem, was immer anders ist; es wäre Bewusstsein der Gattung. So mag es seine Einkapselung in sich als einzelnes – seinen praktischen Solipsismus, seine Bosheit – überschreiten.

Das praktische Denken ist Bewusstsein der Gattung nicht nur in dem Sinn, dass sein Gegenstand die Gattung ist. Als praktisches Denken ist es ein Denken der Gattung von innen, ein Denken, das die Einheit und das Prinzip des Gattungsprozesses ist. Das praktische Denken der Gattung ist die Gattung.

Ich habe oben das Lebewesen doppelt beschrieben. Es ist innerer Prozess, in dem es die Einheit seiner Elemente ist. Im äußeren Prozess hat diese Einheit ein Dasein, indem sie als Einheit handelt und sich so dem entgegensetzt, was sie nicht ist. Das Lebewesen ist im äußeren Prozess als Einheit wirklich, indem es eine einfache Tätigkeit hat, nämlich Bewusstsein, in welcher Tätigkeit es selbst einfach ist, nämlich Seele. Die Gattung als Gattungsprozess nun ist die Einheit der Lebewesen, deren eines aus einem anderen entsteht und in ein anderes vergeht. Diese Einheit ist wirklich nur in den einzelnen Lebewesen und hat keine Wirklichkeit als Einheit. Im praktischen Denken der Gattung dagegen ist die Gattung als Einheit wirklich. Die Gattung ist also einerseits als Gattungsprozess im Lebewesen und allem, was es tut, anwesend. Andererseits ist die Gattung, indem sie praktisches Denken ist, als Einheit wirklich. Sie ist als Einheit wirklich, da sie eine einfache Tätigkeit hat, nämlich das praktische Denken, in der sie selbst einfach ist, nämlich Geist.

Das sinnliche Bewusstsein schon scheint rätselhaft, indem in ihm das Lebewesen einfach ist. Um wieviel mehr wird das praktische Denken rätselhaft scheinen, da in ihm die Gattung einfach ist. Es wird nützlich sein, diesen Gedanken etwas auszuführen.

Das praktische Denken ist ein Bewusstsein der Gattung, dessen, was sich wiederholt durch die Lebewesen hindurch, die auseinander entstehen und in-

einander vergehen. Weiter ist dieses Bewusstsein allen Gliedern der Gattung gemein; es gehört der Gattung an. Es kann scheinen, das bedeute, dass die einzelnen Lebewesen eine Fähigkeit haben, durch die sie ihren äußeren Prozess vollziehen, worin sich weiter der Gattungsprozess vollzieht. Die fragliche Fähigkeit, die ein Merkmal der Gattung wäre, wäre ein Bewusstsein der Gattung. Es wäre dann anzugeben, wie diese Fähigkeit im äußeren Prozess und also im Gattungsprozess wirksam ist.

Ein Bewusstsein der Gattung, erkannt als ein Merkmal von Angehörigen der Gattung, wäre jedoch kein praktisches Denken. Es wäre nicht das Prinzip, sondern ein Element des Gattungsprozesses. Wenn das Bewusstsein der Gattung praktisches Denken ist, dann ist dieses Bewusstsein das, kraft dessen Fähigkeiten so ineinandergreifen, dass ihre Tätigkeiten den Prozess der Gattung ausmachen. Nur in diesem und durch dieses Bewusstsein sind die immer anderen Tätigkeiten und die immer anderen Lebewesen dasselbe: die Gattung. Man kann daher nicht fragen, wie dieses Bewusstsein im Gattungsprozess wirksam ist, was es in diesem Prozess leistet und wofür es gut ist. Sondern dieses Bewusstsein ist die Gattung und also das Gute selbst und für nichts gut.

Das Bewusstsein der Gattung, wenn es praktisches Denken sein und uns der Bosheit entreißen soll, ist nicht etwas, das sich an einem Lebewesen als eine seiner Bestimmungen findet. Denn eine jede solche Bestimmung ist Element des Gattungsprozesses und nicht seine Einheit. Das zeigt sich auch so, dass eine Erkenntnis der Gattung als durch dieses Element bestimmt, nicht identisch ist mit demjenigen Bewusstsein der Gattung, welches dieses Element sein soll. Diese Erkenntnis ist nicht das, was sie erkennt. Es gäbe vielmehr ein erstes Gattungsbewusstsein, das an den Gliedern der Gattung anzutreffen ist, und unterschieden davon ein zweites, welches das erste an den Gliedern der Gattung erkennt. Dann ist aber in dieser Erkenntnis verstanden, dass die Einheit der Gattung, die sie erkennt, nicht in dem Bewusstsein liegt, das sie an ihr erkennt. Umgekehrt: Wenn und insofern die Einheit der Gattung das praktische Bewusstsein ihrer selbst ist, ist jede Erkenntnis der Gattung eben dieses Bewusstsein. Und dann ist es widersinnig, dieses Bewusstsein am einzelnen Lebewesen als Bestimmung der Gattung erkennen zu wollen.[6]

Das bedeutet nicht, dass nicht im praktischen Denken der Gattung erkannt wäre, dass jedes Glied der Gattung eben dieses Bewusstsein teilt. Es bedeutet, dass jene Erkenntnis eben dieses Bewusstsein ist. Und also, dass das Teilen einen eigenen Charakter hat. Es ist nicht so, dass sich ein Bewusstsein der Gattung in

6 Es ist deshalb irreführend so zu reden, als sei festgestellt worden, oder auch bezweifelt, dass die Menschen Vernunft besitzen. Vernunft ist gar nichts, was sich an Lebewesen feststellen ließe.

diesem findet und in jenem. Sondern dieses Bewusstsein ist das, worin dieser und jener dasselbe sind, und also ist dieses Bewusstsein eines. Indem es ihre Einheit ist, die Einheit dieses und jenen, ist es selbst einfach.

Neo-aristotelisch geprägte Autoren legen nahe, dass das praktische Denken praktisches Bewusstsein des menschlichen Gattungsprozesses ist. So erklärt Peter Geach, der Mensch brauche die Tugenden wie die Biene den Stachel. Wenn die Biene ihren Stachel verwendet, ist es oft so, dass das ihren äußeren Prozess nicht fördert, sondern abbricht. In diesem Sinn ist es schlecht für sie, ihren Stachel zu verwenden. Das ist allerdings eine Betrachtung, die übersieht, dass der äußere Prozess dem Gattungsprozess untergeordnet ist. Die Rede davon, dass etwas für eine einzelne Biene gut ist, ist sinnvoll nur so, dass die einzelne Biene ein Moment des Gattungsprozesses ist. Die äußerste Hautschicht besteht aus Zellen, die abgestorben sind und abfallen. Darin erfüllen sie sich und erhalten sie sich, nämlich in denen, die nachstoßen und an ihre Stelle treten. Es wäre wirr zu denken, dass darin das Gut der abgefallenen Hautzellen verfehlt wird. Ebenso verhält es sich mit der einzelnen Biene und ihrem Gut. Das einzelne Lebewesen ist Zweck und an sich selbst Zweck als Element des Gattungsprozesses. Es ist daher logisch widersinnig, dem einzelnen Lebewesen einen Zweck gegen seine Gattung anzuhängen. Jeder Zweck, den das einzelne Lebewesen haben mag, ist als Element seines äußeren Prozesses vorab dem Gattungsprozess untergeordnet. Man darf nicht annehmen, dass die männliche Gottesanbeterin keine Lust empfände, da sie verspeist wird.

So also braucht die Biene den Stachel, und es ist gut, wenn sie ihn verwendet. Es ist gut in einem Sinn, der gegeben wird durch die Gattung, die der absolute Zweck der einzelnen Biene ist. Nun mag es scheinen, als wäre es gelegentlich schlecht für mich, wenn ich tugendhaft handle. Denn es kann schmerzhaft sein oder mir gar den Tod bringen. Darauf scheint Geach zu antworten. Wenn wir sagen, das sei dann schlecht für mich (wenn ich nämlich daran sterbe), dann ist das leeres Gerede. Denn in meinem tugendhaften Handeln erhält sich das, was der absolute Zweck ist, der meinen äußeren Prozess übergreift: die Gattung.

Nun ist richtig, dass die Bosheit, die Hobbes beschreibt, nur überwunden ist in einem Bewusstsein, das allgemein und also Gattung ist, in welchem Bewusstsein die Gattung selbst, als Gattung, wirklich ist. Widersinnig ist jedoch die Idee, dieses Bewusstsein, das Gattung ist, sei ein Gattungsprozess. Und da der Gattungsprozess der höchste Punkt des natürlichen Lebens ist, ist damit die Idee widersinnig, das Leben, das dieses Bewusstsein ist, sei ein natürliches Leben.[7] Die

---

7 Soweit dieser Gedanke den Neo-Aristotelismus definiert, ist also der Neo-Aristotelismus widersinnig.

Gattung ist Prozess, nämlich ewige Wiederholung ihrer selbst im Entstehen und Vergehen der einzelnen Lebewesen, insofern sie nur wirklich ist in den je einzelnen. Eben deshalb verwirklicht sie sich nur und ist nur absoluter Zweck im Durchgang durch die einzelnen Lebewesen. Dass die Gattung nur ein solcher Prozess ist, ist daher unvereinbar damit, dass sie ein praktisches Denken ihrer selbst ist. Mein praktisches Denken ist das Gute selbst, indem es Denken der Gattung ist. Das bedeutet gerade nicht, ja, es schließt aus, dass der Gattungsprozess des Menschen mein Herr ist.

So wie es offensichtlich ist, ohne jede Philosophie, dass Hobbes die Bosheit selbst beschreibt, so ist es offensichtlich, ohne jede Philosophie, dass der Gattungsprozess des Menschen nicht der Zweck des menschlichen Individuums ist. Das ist deshalb offensichtlich, weil der Mensch, wenn er als Gattungsprozess verstanden ist, unvermeidlich Gegenstand einer theoretischen Erkenntnis wird. (Wie eben bemerkt ist der Gattungsprozess nicht der Gegenstand des praktischen Denkens der Gattung. Dieser Gegenstand ist sie selbst als einfach.) Wie wir den Prozess der Maus erkennen, so erkennen wir den Prozess des Menschen: Er frisst und scheißt und bekommt Junge. Eine solche theoretische Erkenntnis, eben weil sie theoretisch und kein praktisches Bewusstsein ist, bestimmt aber nicht unmittelbar den Willen, sondern nur, indem ein Zweck vorausgesetzt ist. Dieser Zweck wird nun der sein, den fraglichen Prozess zu hüten, wie der Hirte seine Herde hütet. Nun ist es aber unmöglich zu verstehen, warum gerade dieser Prozess, der des Menschen, ein unbedingtes Gesetz sein soll. Diese Auszeichnung einer Gattung vor allen anderen scheint willkürlich. Und das führt dann zu dem Gedanken, dass andere Gattungen in gleicher Weise in unsere Fürsorge aufgenommen werden müssen, alle Tiere insgemein, ja, noch die Pflanzen, die Erde und die Natur überhaupt. Und da es nun scheint, dass wir den Gegenstand unseres Wollens nicht mehr steigern können, indem wir unser Herz so weit gemacht haben, dass alle Geschöpfe darin Platz haben, stellt sich die moralische Gewissheit ein, dass wir nun das Gute gefunden haben.

Der Irrtum aber lag nicht darin, dass wir allein die Menschengattung uns als Zweck vorgesetzt haben. Sondern er lag darin, dass der fragliche Zweck seiner Form nach, ein bestimmter äußerer Zweck geworden ist und also der untersten Stufe angehört, mit der wir unsere Überlegungen begonnen haben. Der Irrtum lag in der oben beschriebenen Verkehrung eines absoluten Zwecks – der also sein eigenes Mittel ist und sich durch sich selbst verwirklicht – in einen Zweck, den jemand sich vorsetzt und zu seinem subjektiven Zweck macht. Indem der Gattungsprozess ein Gegenstand theoretischer Erkenntnis ist, ist er gerade kein absoluter Zweck. Eine theoretische Erkenntnis bestimmt keinen Zweck, sondern die Mittel zu einem Zweck. Der Zweck ist dann, diese Gattung zu fördern, und die theoretische Erkenntnis des Prozesses der Gattung spezifiziert die Mittel dazu; sie

sagt, was zu tun ist, um diesen Zweck zu erreichen. Ein solcher bestimmter Zweck ist aber seiner Form nach relativ. Deshalb ist er, für sich genommen, willkürlich, und das ändert sich nicht, indem man seinen Inhalt aufbläst. Er wird absolut nur darin, dass er Element ist eines Zwecks, der an sich selbst Zweck ist, nämlich kraft seiner Form. Und der einzige solche Zweck, der uns bisher begegnet ist, ist das praktische Bewusstsein des äußeren Prozesses: Hobbes natürliches Gesetz des Wollens. Und so erweist sich der großherzige Wille, der sich alles, was lebt, zu seinem Zweck macht, als Eitelkeit, die sich in eben diesem Willen zum heiligen Zentrum der Natur erklärt und sich an dieser eingebildeten Größe weidet.

Um den absoluten Zweck, der der äußere Prozess ist, zu übersteigen, muß die Gattung – allgemeiner gesprochen, das Allgemeine – nicht Gegenstand der theoretischen Erkenntnis sein, sondern praktische Erkenntnis. Wie oben bemerkt, ist dann diese Erkenntnis, dieses Bewusstsein selbst die Gattung; dieses Bewusstsein ist so allgemein wie die Gattung, es ist eines so wie die Gattung eine ist. So ist darin die Gattung selbst, als Gattung, wirklich. Diese Gattung aber ist kein Prozess. Im Gattungsprozess ist die Gattung wirklich nur in den einzelnen Lebewesen, die sich ersetzen im Stoffwechsel der Gattung. Indem die Gattung praktische Erkenntnis ist, ist das Individuum selbst das Dasein der Gattung. Das praktische Bewusstsein der Gattung – das allgemeine praktische Bewusstsein – stellt die Gattung deshalb gerade nicht als das vor, worin das Individuum so vergeht, dass es sich – nämlich seine Gattung – als ein anderes erhält. Das praktische Bewusstsein der Gattung ist das Ende des natürlichen Lebens.

Indem das menschliche Individuum praktische Erkenntnis seiner Gattung ist, welche Erkenntnis diese Gattung selbst ist, hat das menschliche Individuum keine Gattung über sich. Das menschliche Individuum ist an sich selbst Gattung. Und darin ist es an sich selbst absolut. Das ist ebenso registriert wie verfehlt, wenn es so verstanden wird, dass der Erhalt seines Lebens in seiner Annehmlichkeit sein absoluter Zweck sei. Richtig ist daran, dass das menschliche Individuum keiner Gattung unterworfen ist. Vor keiner soll es, vor keiner kann es, das Knie beugen. Darin hat Hobbes recht. So ist es aber gerade deshalb, weil es den Gattungsprozess überstiegen hat, womit es das natürliche Leben überstiegen hat. Das wird invertiert, wenn das Individuum diese seine Absolutheit in sich selbst in der Weise setzt, dass es sich darin als äußeren Prozess eines natürlichen Lebens versteht. Darin beschreibt Hobbes, wie bemerkt, die Bosheit selbst.

Was im inneren Prozess immer anders ist, was entsteht und vergeht in ewiger Wiederkehr (Hautzellen sterben ab und fallen ab, um den nachdrängenden Platz zu machen), das ist im äußeren Prozess eines und also stehend und bleibend. (Was im äußeren Prozess wechselt, ist nicht das Lebewesen, sondern seine Tätigkeit, in der es sich auf das bezieht, was es nicht ist.) Danach können wir die Idee

einer Gattung bilden, die als Gattung wirklich ist. Diese Gattung, dieser Begriff, hätte ein Dasein darin, dass die Gattung als Gattung tätig wäre. Die Gattung selbst wäre wirklich in einer Tätigkeit der Gattung, in der daher die Gattung einfach wäre. In eben dieser Tätigkeit wäre diese Gattung kein Gattungsprozess. Wohl mag die einfache Tätigkeit der Gattung ihrerseits ein Prozess sein, wie die einfache Tätigkeit des Lebewesens sein äußerer Prozess ist. Ein Prozess der einfachen Gattung steht dann zum Gattungsprozess so, wie das Lebewesen als Bewusstsein zu ihm als innerem Prozess: Die Einheit des inneren Prozesses ist in ihrer Wahrheit die als Einheit wirkliche und also einfache Einheit des Bewusstseins. Das heißt, jede Beziehung von Mensch zu Mensch, von den Eltern zum Kind, vom Bruder zur Schwester, von der Gefährtin zum Gefährten, ist in ihrer Wahrheit nicht Entstehen und Vergehen des einzelnen Lebewesens, sondern einfache Tätigkeit der Gattung.

4 Das praktische Denken als Recht

Die praktische Philosophie des deutschen Idealismus will diese Idee durchdenken: Leben, das ein Bewusstsein seiner Gattung ist. Es beginnt in der Einsicht, dass dieses Bewusstsein einfach ist, weshalb die Gattung kein Prozess ist. Indem seine Gattung kein Prozess ist, ist das Leben, das sich durch das praktische Bewusstsein vollzieht, kein natürliches Leben. Indem wir die fragliche Gattung, also den absoluten Zweck, bestimmen, bestimmen wir, was dieses Leben, das nicht mehr natürliche Leben, das Leben des Menschen, ist.

Wir haben oben die Idee erwähnt, dass es dem Menschen nicht ansteht, sich nur um die Menschengattung zu sorgen; er muss die Tiere aller Arten, ja den Erdenball in seine Sorge einbeziehen. Nun war das deswegen sinnlos, weil hier das, worum es dem Menschen gehen soll, ein bestimmter Gegenstand theoretischer Erkenntnis ist, der deswegen nur äußerer Zweck sein kann. Ein äußerer Zweck aber ist als solcher, nämlich Kraft seiner logischen Form, kein letzter. Der Gegenstand des praktischen allgemeinen Bewusstseins, seine Gattung also, kann also kein bestimmter Gegenstand theoretischer Erkenntnis sein.

Dieses praktische Bewusstsein, praktische Erkenntnis der Gattung, bezieht sich nicht auf die Menschengattung, auch nicht auf alle Tiere. Seine Allgemeinheit ist gar nicht erreichbar auf dem Weg einer fortschreitenden Ausdehnung. Wenn wir in der theoretischen Erkenntnis bleiben wollen, dann erreichen wir die fragliche Allgemeinheit erst in der Idee des Gegenstands theoretischer Erkenntnis überhaupt: das, was ist. Wie Aristoteles bemerkt, ist „sein" keine Gattung. Genauso wird das praktische Erkennen eine Gattung sein, die keine Gattung mehr ist, eben weil ihre Allgemeinheit absolut ist. (Darin sehen wir das Recht des

obigen Gedankens, des Gedankens, wir dürften uns nicht nur um die Menschen kümmern, sondern um alle Wesen insgemein. Ebenso wie wir sehen, weshalb das, was diesem Gedanken zugrunde liegt, in ihm nur verzerrt Ausdruck findet.)

Das praktische allgemeine Bewusstsein stellt seiner Form nach einen absoluten Zweck vor. Das bedeutet, dass es Kraft seiner Form ausschließt, dass es etwas gibt, in dessen Licht dieser Zweck als gut verstanden werden kann. Die Frage, durch was der Zweck als gut verstanden werden kann, ist unmittelbar abgebrochen. Denn der absolute Zweck ist das, wodurch die Rede von gut und richtig, praktisch verwendet, allererst möglich ist. (Diese Bestimmung hat schon der äußere Prozess des natürlichen Lebens, und hat überhaupt der Zweck, der nicht mehr äußerer Zweck ist.) Dieser Zweck ist deshalb keine bestimmte Gattung. Er ist absolut allgemein. Das zeigt sich zunächst so, dass er leer ist. (Wie der Begriff des Seins zunächst leer ist.) In Kants und Hegels Exposition des praktischen Bewusstseins – und also des fraglichen Lebens – ist der absolute Zweck in seiner ersten Bestimmung das Rechtsprinzip.

Das Rechtsprinzip ist ein Prinzip, das diejenigen, die es regiert, verstehen. Dabei tritt beides, Regiertwerden und Verstehen, nicht zufällig zusammen auf. Sondern das Prinzip regiert die, die es regiert, durch ihr Verstehen seiner. Da die, die es verstehen, nicht zufälligerweise, sondern als solche die sind, die es regiert, ist das Rechtsprinzip identisch mit diesem Verstehen seiner. Da das Bewusstsein des Rechtsprinzips also ein Gesetz ist, ist es selbst so allgemein wie das Gesetz. Es ist ein universales Bewusstsein, ein und dasselbe Bewusstsein in allen. Es ist ursprünglich einfach.

Das Rechtsprinzip ist nicht nur ein Bewusstsein, sondern spezifisch ein praktisches Bewusstsein oder ein Wollen, denn das, was durch diese Prinzipien zuerst bestimmt wird, ist der Wille. Ein selbstbewusstes Prinzip des Willens – das ergibt sich aus der Weise, wie wir diese Idee erläutert haben – ist ein universales Wollen, eine volonté générale.

Das Rechtsprinzip ist bipolar, relational. In diesem universalen Wollen sind also nicht nur alle vereint, sondern sie sind darin so vereint, dass sie sich je paarweise aufeinander beziehen, jeder auf jeden. Es gibt also allen denselben Willen, der aber einer ist, in dem sich jede von jeder unterscheidet. Diese Unterscheidung ist nicht gegeben als außerhalb des Prinzips liegende Tatsache. Es ist nicht so, dass es ein allgemeines Prinzip gibt, und dann in seiner Anwendung bemerklich wird, dass viele verschiedene von ihm regiert werden. Sondern diese Unterscheidung jeder von jeder liegt in dem fraglichen universalen Bewusstsein selbst. Die Unterscheidung hat deshalb auch keinen Inhalt. Die Unterscheidung, die keinen Inhalt hat, ist der Gegensatz. (Deshalb sagt Fichte, der eine beziehe sich im Rechtsprinzip auf den anderen durch Gegensatz.) Der Inhalt des Rechtsprinzips, der nichts ist als diese Form, ist also: „Ich, nicht du“. Da das ein Wollen

ausspricht, ist der Inhalt: ich bin ich, ich bin mein Wollen, ich bin die letzte Quelle meines Wollens, ich, das heißt, nicht du. Das ist das Rechtsprinzip, wie es Kant erläutert. Die tragende Struktur seiner Rechtslehre, Mein und Dein, ist dieser leere Unterschied.

Das Rechtsprinzip ist das universale, sich in sich selbst entgegengesetzte praktische Selbstbewusstsein: ich – du. „Ich" und „du" sind hier der Ausdruck des selbstbewussten Willens und enthalten deshalb auch nichts anderes als die Idee ihrer selbst als eines Wollens, das nur durch sich selbst bestimmt ist.

Das Rechtsprinzip geht nur darauf, dass ich nicht du bin, dass also ich, nicht du, letzte Quelle meines Wollens bin. Das bedeutet nicht, dass das, was ich tue, nicht deine Chancen, das zu erreichen, was du willst, einschränken oder gar vernichten dürfte. Was ich tue, kann und wird häufig die Umstände, unter denen du handelst, verändern, und das so, dass du nicht mehr tun kannst, was du tun wolltest. Das Rechtsprinzip hat dagegen nichts einzuwenden. Denn dadurch, dass ich die Umstände verändere, unter denen du handelst, mache ich mich nicht zur letzten Quelle deines Wollens. So wenig, wie der Graben, der sich vor dir auftut und es dir unmöglich macht, auf dieser Straße Larissa zu erreichen, zum Prinzip deines Wollens wird. Du willst nach wie vor nach Larissa oder willst nach wie vor Frau B treffen, von der du meinst, sie sei in Larissa. Darin ist das Rechtsprinzip ohne Inhalt, ohne Materie.

Es ist deswegen irreführend, davon zu sprechen, dass das Rechtsprinzip den Sinn habe, jedem einen Raum zu sichern, in dem er von anderen ungestört seine Zwecke verwirklichen kann. Wenn es Eigentum an Raum gibt, dann kann der, der Eigentümer dieses Raums ist, andere von diesem Raum ausschließen und insoweit innerhalb dieses Raums von anderen ungestört seine Zwecke verwirklichen. Das aber ist nicht der Sinn des Rechtsprinzips und daher nicht einmal der Sinn des Eigentums an Raum. Ich kann dich stören, wie ich will, und dem Rechtsprinzip ist das gleichgültig, solange ich mich damit nicht zur letzten Quelle der Bestimmung deiner Willkür mache. Die Idee, der Sinn des Rechtsprinzips sei es, jedem einen Raum, in dem er von anderen ungestört ist, zu verschaffen, macht die Menschen unter dem Rechtsprinzip zu einer Kleingartenkolonie; die segensreiche Wirkung des Rechts soll sein, dass es jedem sein Plätzchen einzäunt, in dem er unbehelligt bosseln kann. Diese Idee nähert sich Hobbes Bosheit an, nur verschämt und deshalb inkonsequent, indem sie den Anschein erweckt, das Rechtsprinzip diene dem Zweck, dass alle ihre äußeren Zwecke erreichen. Das soll dem einzelnen das Prinzip empfehlen und schmackhaft machen, denn jetzt hat er ja etwas davon. Tatsächlich ist es genau deshalb, weil der einzelne etwas davon haben soll, widersinnig. Da das Rechtsprinzip den Willen unbedingt bestimmt, erhebt diese Deutung seiner, nach der es seinen Zweck darin haben soll, dass äußere Zwecke erreicht werden, diese äußeren Zwecke zum Absoluten. Aber diese

äußeren Zwecke, das liegt in ihrer logischen Form, für sich genommen, sind vollkommen nichtig. Äußere Zwecke sind überhaupt nur Zwecke als Moment einer höheren Einheit. Und diese kann jetzt bestenfalls noch die Hobbessche sein, der äußere Prozess des einzelnen Lebewesens. Verschämt ist der Gedanke darin, dass er sagt, dass die anderen ja auch ihren Bereich haben sollen, in dem sie ihren Zwecken nachgehen können. Inkonsequent ist das, weil im selben Gedanken ausgeschlossen wird, dass ich ihre Zwecke zu meinen mache; es ist mir gleichgültig, ob sie erreicht werden oder nicht.

Das Rechtsprinzip ist stattdessen ein absolutes Verhältnis des einen zum anderen, ein absolutes Verhältnis von Willkür zu Willkür. Darin ist es ein absolutes Verhältnis von Leib zu Leib. Die Willkür nämlich verwirklicht sich, indem sie Mittel bestimmt und ergreift. Sie endet in Mitteln, die nicht mehr Zwecke sind, die also nicht mehr durch Handeln zu Mitteln gemacht werden, letzte Mittel, wie sie heißen können. Solche letzten Mittel sind also Dinge, die einer einfachhin tun kann, elementare Handlungsvermögen. Diese elementaren Handlungsvermögen, da sie unmittelbar Mittel, oder zweckmäßig sind, sind Organe, und die sind ihrerseits ursprünglich der lebendige Körper des Subjekts. Der Wille, insofern er wirksam ist, die Willkür also, ist also ein System letzter Mittel, letzter Vermögen der Veränderung. Die Vorstellung meiner im Rechtsprinzip enthält damit die Vorstellung meiner als ein System letzter Mittel. Und das System letzter Mittel ist nichts anderes als mein lebendiger Leib. Meine Glieder sind die Mittel, in denen jede Bestimmung meines Willens, durch die er sich verwirklicht, endet. Mein Leib, als letztes Mittel ist, so lässt sich das ausdrücken, nicht ein Mittel zu einem Zweck, sondern ist *das* Mittel, und also Mittel zu *dem* Zweck, nämlich zu Zwecken überhaupt.

Das erklärt, wie es möglich ist, dass mein Wille und dein Wille in ein äußeres Verhältnis treten, und wie es damit möglich ist, so zu handeln, dass ein Handeln dem Rechtsprinzip widerstreitet. Wir hatten bemerkt, dass das nicht dadurch so ist, dass das, was ich tue, Folgen hat dafür, was du tust und tun kannst. Indem ich jedoch deinen Leib meinen Zwecken unterwerfe, ohne dass der letzte Grund dazu in dir liegt, ohne also, dass du zustimmst, beschneide ich dir deine Freiheit, dein Wollen zu bestimmen. Ich nehme Dir nicht ein Mittel, sondern *das* Mittel, und damit hindere ich nicht, dass du einen Zweck erreichst, sondern dass du Zwecke verfolgst, welche immer das seien. Der Leib ist also mein Wille selbst, insofern er wirksam ist, und also unterwirft sich ein Handeln, dass sich meinen Leib unterwirft, meinen Willen.

So können wir die folgende Idee einführen: eine äußere Wirklichkeit, eine also, die physisch affizierbar ist, die zu affizieren bedeutet, meinen Willen als frei zu affizieren. Als allgemeinen Ausdruck dieser Idee können wir einführen, nicht „ich“ und „du“, denn das ist der Wille und der ist als solcher keine äußere

Wirklichkeit, sondern „mein“ und „dein“. Das System letzter Mittel ist aber nichts anderes als mein Leib. Der Leib ist also mein. Und da er die äußere Wirklichkeit ist, die meinem Willen unmittelbar angehört, nämlich insofern er überhaupt wirksam ist, können wir den Leib das innere Mein nennen, dasjenige Mein also, das mit dem Rechtsprinzip selbst als solches vorliegt. Das innere Mein und Dein ist dasjenige, das schon in dem universalen Wollen, das das Rechtsprinzip ist, gewollt wird.

Neben dem inneren gibt es ein äußeres Mein und Dein. Es ist äußeres eben darin, dass es und sein jeweiliger Begriff im Rechtsprinzip nicht antreffbar sind. Ein äußeres Mein ist daher nicht immer schon mein, sondern dazu bedarf es eines eigenen Aktes, allgemein einer Erklärung. Diese Erklärung ist mit dem Rechtsprinzip nur so verknüpft, dass das Rechtsprinzip eine solche Erklärung nicht ausschließt, dass also eine solche Erklärung niemandem unrecht tut – nach dem Begriff davon, den das Rechtsprinzip gibt. Das äußere Mein und Dein hat nach Kant drei Formen: Eigentum, Vertrag und das Verhältnis zu Angehörigen des Haushalts, eine Gliederung, die den Kategorien der Relation, Substanz, Kausalität und Wechselwirkung folgt. Das innere Mein ist keines von diesen, insbesondere habe ich an meinem Leib kein Eigentum.

Das Rechtsprinzip wie das moralische Gesetz sind leer; sie sind bloße Form und geben keine inhaltliche Bestimmung des Wollens. Und darin liegt, dass sie weder dem natürlichen Leben als ein Mittel untergeordnet sind noch sich selbst verstehen als das, worin das natürliche Leben sich vollzieht. Man kann das so ausdrücken, dass man im Recht auf sein natürliches Leben Verzicht tut. Man könnte das gegen das Recht einwenden wollen und daraus eine Kritik des Rechts machen. Aber das wäre falsch. Denn dann tritt an die Stelle des Rechts der äußere Prozess oder der Gattungsprozess des natürlichen Lebens. Das erste ist die Bosheit selbst, das zweite ist widersinnig. Der Verzicht auf das natürliche Leben ist das, was das menschliche Leben selbst ist. Das Recht ist nicht mangelhaft darin, dass es auf das natürliche Leben Verzicht tut, darin zeigt es sich vielmehr als wahrhaft dem menschlichen Leben angehörig. Es ist mangelhaft darin, wie es das tut.

Das Recht ist universale Reziprozität, ein universales Verhältnis, in dem ich, gerade als Individuum, ich unterschieden von dir, universal und Gattung bin. Diese Reziprozität ist eine reine Form, das zeigt sich in ihrer Leere, in der das Verhältnis der Gegensatz ist. Diese reine Form ist abstrakt darin, dass die konkrete Wirklichkeit des Individuums neben ihr bestehen bleibt. Wenn die nun einbezogen werden soll in das praktische Denken, dann scheint das nur so möglich, dass eine Reziprozität gefordert wird, die über das Recht hinausgeht und eine materiale Gegenseitigkeit als Prinzip des Wollens verwirklicht: eine, in der sich alle um alle

kümmern und alle allen in der Erhaltung ihres Lebens voranhelfen, dafür sorgen, dass sie weniger Gewalt erfahren, weniger Schmerzen, weniger Hunger.

Es ist eines, dass diese Idee einer universalen materialen Reziprozität in sich widersinnig ist. Das interessiert hier nicht. Sondern dies, dass in diesem Gedanken das Rechtsprinzip nicht überschritten ist, sondern herabgesunken in das natürliche Leben. In einer universalen materialen Gegenseitigkeit kehrt das Wollen so zu sich zurück wie der äußere Prozess des Lebens zu sich zurückkehrt. Dass wir uns zusammentun und gemeinsam unseren äußeren Prozess bestreiten, ändert logisch nichts. So tun das ja auch Schimpansen und Elefanten. Sofern das Wollen die Form dieses Prozesses hat, will es die ewige Wiederholung. Es will ewig leben. Das hat die doppelte Konsequenz (so beschreibt es Lévinas), dass der eigene Tod absolut bedeutungslos ist, denn Bedeutung ist beschränkt auf das, was Moment im äußeren Lebensprozess ist, und dass der eigene Tod ein absolutes Ende ist, da kein Begriff von gut und schlecht, von Sein und Nichtsein außerhalb des äußeren Lebensprozess einen Sinn hat. Wenn das zu schäbig scheint, gelangt man noch in den Gattungsprozess und kommt dahin, dass man auch zukünftigen Generationen noch einen äußeren Prozess verschaffen will und ihnen gar ein (reziprokes) Recht darauf einräumt.

5 Der Leib und das Leben des anderen Menschen

Das ist der Sinn des Rechtsprinzips, dass darin das Wollen zu sich zurückkehrt, darin vollkommen universal bleibt und jede Handlung des Individuums darin einbezogen ist. Der materiale Zweck dieser Handlung ist vollkommen nichtig. Und das ist die Abstraktheit, in der sich das Individuum verliert, ohne sich zurückzugewinnen. Man versteht Lévinas und Logstrup, wenn man sieht, dass sie fragen, wie ich auf das natürliche Leben Verzicht tun kann, und zwar so, dass es darin nicht nur abstrakt verneint wird, sondern so, dass dieses Verzicht-tun selbst Leben ist. Dieses Leben – welches nichts anderes ist als das Vernichten des natürlichen Lebens – wird universal sein, und in ihm wird das Individuum als Individuum wirklich sein. Beide drücken das so aus, dass es ein Handeln ist, das selbstlos ist. Bei Lévinas hat das die spezifische Bedeutung, dass man sich vom conatus essendi lossagt, einem conatus, der am genauesten das natürliche Leben ausmacht. Bei Logstrup ist der wesentliche Gedanke, dass jede Idee davon, wie mein Handeln zu mir zurückkehrt, als ein Wohlsein im Angenehmen, Ehrbaren und Tugendhaften, aus der Quelle des Handelns ausgeschieden wird.

Nun meinen beide, dass ein solches Handeln in einem Verhältnis zum anderen liegt, und zwar in einem, in dem mir der andere begegnet, leiblich begegnet. Oberflächlich beschrieben ist das Handeln zunächst eines, in dem ich um

willen des anderen handle, mich um ihn sorge und für ihn sorge. Entscheidend ist jedoch, dass dabei jede Gegenseitigkeit ausgeschlossen ist. Es geht nicht um die Sozialisierung des äußeren Prozesses. Es ist nicht so, dass wir in einem universalen Wollen einander helfen wollen. (Kant hat recht, dass das sinnlos ist, und bestenfalls die bekannte Hilfspflicht herauskommen kann, die der Unabhängigkeit meiner vom anderen untergeordnet ist.) Mein Wollen hier ist nicht dein Wollen (wie es im Rechtsprinzip der Fall ist). Ich bin absolut vereinzelt in diesem Handeln. Das zeigt sich negativ darin, dass ich absolut vereinzelt bin in der Schuld, die ich gegen den anderen habe.

Der Leib der anderen, ihre leibliche Gegenwart ist das, worauf ich im selbstlosen Handeln bezogen bin. Das bedeutet, dass der Leib der anderen kein natürliches Leben ist und von mir nicht als natürliches Leben verstanden ist. Das ist so, weil ich verstehe, dass die andere keinem Gattungsprozess eingeordnet ist und also der Grund ihres Seins nicht diese Form hat. Es ist gerade so, dass im Leib der anderen ansichtig wird, dass das, was ihr Leben ist, dem Tod enthoben ist.

Literatur

Aristoteles, De Anima (Hamburg: Meiner 1995).
Thomas Nagel, The Possibility of Altruism (Oxford: Clarendon Press 1970).
Evan Thompson, Mind in Life. Biology, Phenomenology and the Sciences of Mind (Cambridge (Mass.): Harvard University Press 2010.

Thomas Khurana, Potsdam

Ein Recht gegen das Recht

Der Körper des Rechts und die Grenzen des Eigentums

Im Jahr 2017 erklärte der High Court of Uttarakhand die Flüsse Ganges und Yamuna zu Personen des Rechts.[1] Im selben Jahr wurde vor dem US District Court Colorado im Namen des Colorado River ein Verfahren gegen den Staat Colorado eröffnet, das die Anerkennung des Colorado River Ecosystem als Rechtsperson zum Zweck hatte.[2] Die klagende Partei begründete ihr Vorhaben wie folgt:

> Our system of law has failed to stop the degradation of the natural environment, and consequently, has failed to protect the natural and human communities which depend on it for their survival and livelihood. Environmental law has failed to protect the natural environment *because it accepts the status of nature and ecosystems as property*, while merely regulating the rate at which the natural environment is exploited. Its failure can be seen from the worsening of climate change, the continued pollution of ground and surface water, accelerating species extinction, and the decline of every major ecosystem on the continent. The Colorado River is one such ecosystem.[3]

Vor diesem Hintergrund fordern die Kläger, dass das Gericht anerkenne und erkläre, dass der Colorado River fähig sei, Rechte zu besitzen, die denen einer Person „ähnlich“ seien, mehr noch: zu erklären, dass der Colorado River nicht bloß rechtsfähig sei, sondern tatsächlich bestimmte Rechte besitze: „certain rights to exist, flourish, regenerate, naturally evolve, and be restored.“[4] Die Klage wurde inzwischen zurückgezogen.[5] Ganz unabhängig von diesem spezifischen Ausgang dokumentiert der Fall jedoch die gegenwärtig zunehmenden Bemühungen im Recht, das Verhältnis von Recht und Natur zu überdenken. Diese Bemühungen zeigen sich dabei nicht zuletzt in dem Versuch, den Kreis der Rechtspersonen auf Entitäten auszuweiten, denen vormals der Status der Rechtsperson versagt blieb. Besonders bemerkenswert mit Blick auf den ge-

1 High Court of Uttarakhand at Nainital, 126/2014, Order v. 20. 3. 2017, Rn 19 f.

2 Colorado River Ecosystem v. Colorado, US District Court Colorado, no. 17cv02316.

3 Siehe Complaint for Declaratory Relief, eingereicht am US District Court Colorado am 25.09. 2017, S. 2, meine Hervorhebung; https://is.gd/89WBVQ.

4 Complaint for Declaratory Relief (s. Fn. 3), 2 f.

5 Dies geschah, nachdem der Senior Assistant Attorney General for Colorado dem klageführenden Anwalt Sanktionen gemäß Regel 11 der Zivilprozessordnung angedroht hatte, die es U.S. District Courts erlaubt, Anwälte für „pleadings with improper purpose or frivolous arguments“ zu sanktionieren.

 https://doi.org/10.1515/9783110784985-004

nannten Fall ist dabei, dass als Träger von Rechten hier nicht bloß ein individuelles nicht-menschliches Lebewesen – ein einzelner abgrenzbarer lebendiger Körper einer bestimmten nicht-menschlichen Spezies – vorgeschlagen wird. Die Klage des Colorado River gegen den Staat Colorado gründet sich nicht auf den Gedanken, dass es sich bei dem Fluss um ein nicht-menschliches Lebewesen handele, dessen Recht auf Leben schützenwert sei. Bei dem Fluss handelt es sich vielmehr, wie es in der Klage heißt, um ein Ökosystem, a „complex collection of relationships".[6] Vom Gericht wird gefordert anzuerkennen, dass ein solches komplexes Bündel von Beziehungen lebendiger und nichtlebendiger Wesen Recht auf den Schutz seiner Existenz hat. Das verdeutlicht die immense Schwierigkeit dieser Forderung. Es geht hier nicht um eine bloße Ausweitung des gegebenen Begriffs der natürlichen Person auf einen weiteren Kreis von nicht-menschlichen natürlichen Individuen, sondern um den Vorschlag, komplexe Bündel von Beziehungen lebendiger und nicht-lebendiger Entitäten – Ökosysteme – als Rechtsträger zu verstehen.[7] Dieser Zug ist damit verbunden, zugleich jene paradigmatische Form infrage zu stellen, in der die Natur bisher rechtlich vorkommt: *individuiert als das Eigentum von natürlichen und juristischen Personen*.

Ich will mich im Folgenden nun nicht direkt mit der Frage beschäftigen, inwiefern es sinnvoll ist, Ökosystemen Rechtspersonenstatus zuzuerkennen und wie dieser Status dann näherhin praktisch zu realisieren wäre – offenkundig Fragen von großer Schwierigkeit[8] –, sondern zunächst der kritischen Intuition nachgehen, dass das Verhältnis von Recht und Natur auf problematische Weise verstanden wird, wenn es auf der Grundlage eines abstrakten Gegensatzes von berechtigter Rechtsperson und rechtloser Sache verstanden wird. Ich will dies im

---

6 „The Colorado River Ecosystem is best understood as a complex collection of relationships. [...] These relationships are nearly infinite. The most fundamental include the attraction between hydrogen and oxygen; the liquid, ice, and gas that water and heat create together; the irresistible paths fashioned by the interplay of mountain and gravity; and the climate born from the intercourse of the Sun's energy and Earth's atmospheric gasses" (Complaint for Declaratory Relief [s. Fn. 3], 3).

7 Daher wird der Rechtspersonenstatus von Ökosystemen dort, wo er erwogen wird, nicht in Analogie zu natürlichen Personen gedacht, sondern in Analogie zu juristischen Personen gebildet: „Corporations have Rights. Why shouldn't Rivers?" (Julie Turkewitz, New York Times, 26. September 2017, https://www.nytimes.com/2017/09/26/us/does-the-colorado-river-have-rights-a-lawsuit-seeks-to-declare-it-a-person.html).

8 Zu diesen Herausforderungen und insbesondere zu der wesentlichen Rolle, die neue Figuren der Stellvertretung in dieser Hinsicht spielen können, vgl. Andreas Fischer-Lescano, „Nature as a Legal Person: Proxy Constellations in Law", *Law & Literature* 32:2 (Milton Park: Taylor & Francis, 2020), 237–262; Katrin Trüstedt: *Stellvertretung. Zur Szene der Person* (Konstanz: Konstanz University Press, 2022).

Ausgang von Hegels Analyse des abstrakten Rechts in seinen *Grundlinien der Philosophie des Rechtes* tun. Die für das abstrakte Recht grundlegende Konzeption des Eigentums, die hier entfaltet wird, scheint auf den ersten Blick ganz und gar auf einen „possessiven Individualismus“[9] festgelegt, der gleichsam auf die Spitze getrieben wird, wo selbst die Beziehung des Subjekts zu seinem eigenen Körper und seinem eigenen Leben als eine Beziehung des Eigentums erscheint (1). Ich will jedoch zeigen, dass Hegel bei einer solchen Form von possessivem Individualismus nur ansetzt, um aufzuweisen, wie sich dieser selbst unterminiert. Das zeigt sich sowohl an der Art, in der Hegel die Beziehung des Eigentums von äußeren Sachen (2) entfaltet, wie an der Weise, in der er unser Selbsteigentum an unserem Körper und unserem eigenen Leben erläutert (3). Die Idee des Eigentums wird so von Hegel an eine wesentliche Grenze geführt, die uns auf ein „Recht gegen das … Recht“[10] verweist, welches das natürliche Leben gegenüber dem Eigentum besitzt (4).

1 Absolutes Zueignungsrecht

Die *Grundlinien der Philosophie des Rechts* gelten dem Rechtssystem als dem Reich der *verwirklichten* Freiheit. Freiheit, die nicht bloße Möglichkeit bleibt, sondern lebendige Realität gewinnt, verwirklicht sich als Recht. Recht ist in dieser Bestimmung weit verstanden und realisiert sich näher betrachtet in drei Weisen – als abstraktes Recht, als Moralität und als Sittlichkeit. Das Recht, als das die Wirklichkeit der Freiheit existiert, ist also nicht allein das abstrakte Recht von Eigentum, Vertrag, Betrug und Verbrechen, aber es ist *auch* dieses Recht. Diese rechtliche Verwirklichung der Freiheit verlangt dabei, genauer gesagt, dass der freie Wille *Dasein* gewinnt, und das heißt: eine Realität, die wesentlich Sein *für andere* ist. „Dies, daß ein Dasein überhaupt Dasein des freien Willens ist, ist das Recht“ (RPh § 29). Die fundamentale Weise, durch die der freie Wille im Rahmen des abstrakten Rechts Dasein gewinnt, ist in der Beziehung von freiem Willen und Eigentum. Dadurch, dass der freie Wille etwas als das seine will, vermag er den Willen in eine Sache zu legen und so Dasein – Sein für andere – zu gewinnen. Die Verwirklichung des Rechts setzt so die Unterscheidung von Person und Sache voraus:

---

9 Crawford Brough Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke* (Oxford: Clarendon Press, 1962). Vgl. hierzu auch Philippe Descola, „Human, all too human“, *Esprit* 12 (2015): 8 – 22.

10 G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1970), §127Z – im Folgenden im Text nachgewiesen unter Verwendung der Sigle RPh.

> Die beschließende und *unmittelbare* Einzelheit der Person verhält sich zu einer vorgefundenen Natur, welcher hiermit die Persönlichkeit des Willens als ein *Subjektives* gegenübersteht, aber dieser, als in sich unendlich und allgemein, ist die Beschränkung, nur subjektiv zu sein, widersprechend und *nichtig*. Sie ist das Tätige, sie aufzuheben und sich Realität zu geben oder, was dasselbe ist, jenes Dasein als das ihrige zu setzen. (RPh §39)

Die Konstellation beginnt also mit der Unterscheidung einer vorgefundenen Natur, die, wie Hegel in der Notiz anmerkt, keine Seele für sich hat, nicht Selbstzweck ist einerseits, und der Person andererseits, die eine reine Beziehung auf sich ist. Die Person vermag nun sich Realität zu geben, indem sie ein Stück dieser vorgefundenen Natur als das ihre setzt: durch Besitzergreifung, Gebrauch und Entäußerung sich als Besitzer und Eigentümer der Sache ausweist und sich so zugleich als „Herr über alles in der Natur" (RPh §39 N) beweist, wie es in der Notiz heißt. Das Rechtsverhältnis, durch das sich der freie Wille Dasein verleiht, ist also zunächst das Verhältnis von Person und Sache, verstanden als ein fundamental asymmetrisches Herrschaftsverhältnis: Herrschaft des Menschen über die Natur, Herrschaft der Person über die Sache. Sache ist dabei „ein Unfreies, Unpersönliches, Rechtloses" (RPh § 42), wie Hegel sagt: Sie ist mithin „das der Freiheit überhaupt Äußerliche" (RPh § 40). Vor diesem Hintergrund ergibt sich das Recht der Person, „in jede Sache ihren Willen zu legen [...] – absolutes Zueignungsrecht des Menschen auf alle Sachen" (RPh § 44). Zu der Sphäre der Sachen, die der Freiheit gegenüber überhaupt äußerlich sind, zählt Hegel dabei bemerkenswerterweise auch meinen Körper und mein Leben (vgl. RPh § 40 A). Das scheint zunächst zu besagen, dass auch mein Verhältnis zu meinem Körper und meinem Leben das Verhältnis eines Eigentümers zu seiner Sache ist. Und in der Tat spricht Hegel in § 57 davon, dass der Mensch zum „Eigentümer seiner selbst" werden muss.

Das scheint eine beunruhigende Ausgangslage zu sein: Das Recht scheint nach Hegels Bestimmung grundlegend auf einer Konstellation aufzuruhen, in der Berechtigtes Rechtlosem gegenübersteht, in der es berechtigte Personen nur gibt, indem es zugleich rechtlose Sachen gibt. Wenn unser Leben und unser Körper auf die Seite dieser rechtlosen Sachen fallen, dann bestimmt diese Entgegensetzung von Recht und Rechtlosigkeit zugleich unser Selbstverhältnis. In oder an uns treten Recht und Rechtlosigkeit auseinander. Es scheint dabei so, als könne es Recht nur durch Rechtlosigkeit geben, als könnte es berechtigte Freiheit nur durch Herrschaft über Rechtloses geben. Die Person kann nicht, sie „muß sich", wie Hegel sagt, „eine äußere *Sphäre ihrer Freiheit* geben" (RPh § 41, meine Unterstreichung), das heißt: Sie kann gar nicht anders als ein ihr Gegenüberstehendes als Sache zu konstituieren. Das Recht scheint so den strukturellen Zwang zur Rechtlosigkeit zu enthalten. Das legt nahe, dass womöglich potenziell Berech-

tigtes, solches, das vielleicht auf andere Weise berechtigt ist als Personen, mindestens im ersten Zuge strukturell entrechtet wird, damit es in die Position der Sache eintreten kann, die als das Medium der Manifestation des freien Willens so dringend benötigt wird. Spätestens da, wo wir uns selbst partiell als Sache behandeln müssen, um uns als rechtliches Wesen zu konstituieren, scheint die darin liegende Gefahr mit Händen greifbar.

Ich wende mich nun in diesem Punkt nicht deshalb Hegel zu, weil er der Einzige wäre, der das moderne Recht auf die Idee des Eigentums und näherhin auf eine asymmetrische Relation von Subjekt und Natur, Person und Sache gründet. Er bringt durch seine Exposition vielmehr eine Gedankenfigur, die das moderne Rechtsdenken weitreichend prägt, mit besonderer Klarheit und Schärfe zum Ausdruck. Wie ich im Folgenden zeigen will, spitzt er das Verhältnis dabei bewusst so zu, dass gerade deutlich werden kann, inwiefern ein freier Wille scheitern muss, der sich dadurch Dasein verschaffen will, dass er sich selbst zur Sache macht. Um dies zu sehen, ist es hilfreich, in zwei Schritten vorzugehen: Zunächst will ich das Eigentumsverhältnis zu einer von mir getrennten Sache betrachten, bevor ich näher untersuche, was es bedeuten mag, Eigentümer seiner selbst zu sein. Das wird uns in einem dritten Schritt schließlich zum Recht gegen das Recht führen, das Hegel dem Leben attestiert.

2 Besitz als ein unangemessenes Dasein des freien Willens

Die fundamentale Bedeutung der Konstellation von Person und Sache rührt daher, dass der freie Wille, um sich als Recht zu verwirklichen, Dasein gewinnen muss. Eine erste Weise, in der der freie Wille Dasein gewinnen kann, besteht darin, dass er sich in einer Sache dadurch verkörpert, dass er von ihr Besitz ergreift und sie als seine ausweist. Hegel drückt dies auch so aus, dass die Person in diesem Akt der Besitzergreifung ihren Willen in die Sache legt (vgl. RPh §58Z). In der Sache gewinnt der Wille so sinnliches Dasein.

Wenn es nun aber richtig ist, dass die Sache, um als Gefäß für den Willen dienen zu können, selbst etwas Unfreies, Unpersönliches, Rechtloses sein muss, wie kann sie dann zugleich als Dasein des Freien, der Person, des Rechts auftreten? Es scheint, dass die unmittelbare Idee des Besitzes einen Widerspruch in sich enthält. Dieser Widerspruch tritt gerade dadurch hervor, dass Hegel die Funktion des Besitzes neu bestimmt: Der Besitz wird nicht in erster Linie instrumentell als ein Mittel zur Befriedigung von Bedürfnissen eingeführt, das der rechtlichen Regelung bedarf; die grundlegende Funktion des Besitzes ist vielmehr

die Manifestation des freien Willens und mithin des Rechts: „[D]aß Ich als freier Wille mir im Besitze gegenständlich und hiermit auch erst wirklicher Wille bin, macht das Wahrhafte und Rechtliche darin, die Bestimmung des *Eigentums* aus" (RPh § 45). Aber eben als eine solche Manifestation des freien Willens steht die Sache in Spannung zu sich selbst: Um zum Dasein des freien Willens *werden* zu können, muss die Sache selbst rechtlos sein; um Dasein des freien Willens zu *sein*, muss die Sache zugleich das Recht verkörpern. Die Sache ist ein rechtloser Ausdruck des Rechts, Ausdruck des Rechts durch das Rechtlose. Wie kann das sein? Wenn dies möglich ist, dann bedarf es ganz offenbar einer komplexen Vermittlung. Es ist eben diese komplexe Vermittlung, um die es Hegel in seiner Darstellung geht. In dieser erweist sich, dass nicht der bloße Besitz der Sache, sondern erst die Sache als Eigentum als ein Dasein des freien Willens verstanden werden kann. Zur Beziehung des Eigentums gehört ein komplexeres Verhältnis zur Sache, das sich nicht in Besitzergreifung erschöpft, sondern Gebrauch und Entäußerung, also die Negation und Aufgabe der Sache einschließt. Und zur Beziehung des Eigentums gehört zweitens, dass die Beziehung von Person und Sache auf die fundamentalere Beziehung von Person und Person hin durchdrungen wird, die in der Beziehung von Person und Sache zum Ausdruck kommt.

In der Entfaltung des Eigentums wird so deutlich, dass die Sache für sich betrachtet eine wesentlich unangemessene Form des Daseins des freien Willens ist. Wenn es im ersten Zuge der Besitzergreifung so scheinen mag, dass Wille und Sache identifiziert werden, dass ich in diesem Akt selbst Sache werde, so wird im weiteren Zuge deutlich, dass eben dies unzulänglich ist. Während der Besitz mich also zunächst selbst als Sache auftreten lässt und nahelegen könnte, dass „Ich selbst Sache" sei, verdeutlicht die weitergehende Entfaltung die Widersprüchlichkeit dieser Idee, meine „Bestimmung, dass Ich als Sache, Natur, untergehe, und *frei* werde, – auferstehe", wie Hegel in einer Notiz schreibt (RPh § 66N, meine Unterstreichung). *Es ist also nicht einfach im Besitz, sondern vielmehr durch die Überwindung meiner Verdinglichung im Besitz, dass mein freier Wille Dasein gewinnt.*

Das Dasein des freien Willens ist nicht die Sache als solche, dieses Dasein tritt vielmehr *an* der Sache hervor. Bereits der Besitz ist eine erste Verwandlung der Sache zu einem Zeichen ihrer Besitzergreifung: Nicht die Sache selbst, sondern dass die Sache mein ist, dass ich durch ihre Ergreifung meinen Willen in sie lege, kann sie zu einer Manifestation des Willens machen. Noch deutlicher ist der Umstand, dass der freie Wille über die Sache hinausgeht und nur dadurch an der Sache sein Dasein gewinnt, in der Form des Gebrauchs und der Entäußerung. Den Gebrauch meiner Sache beschreibt Hegel als ein Negieren der Sache. Im Gebrauch eigne ich mir die Sache als allgemeine an, indem ich sie als besondere vielmehr vernutze. In der dritten und abschließenden Form der Entäußerung, negiere ich

die Sache nicht nur, sondern beweise meinen Willen gerade darin, dass ich diesen aus der Sache zurückziehe und diese wieder zu einer äußerlichen werden lasse. Mein Eigentum an einer Sache erschöpft sich gerade nicht darin, dass ich sie innehabe oder gebrauche, sondern beweist sich ebenso daran, dass ich sie loslasse, aufgebe – dass ich mich als Sache untergehen lasse und frei werde: auferstehe. Dies ist der erste Aspekt der Komplizierung.

Der zweite Aspekt der Komplizierung besteht darin, dass wir die Manifestation des freien Willens nicht begreifen können, indem wir allein auf eine einzelne Person und ihre Sache achten. Dass der freie Wille in einer äußeren Sache Dasein gewinnen kann und muss, hängt wesentlich damit zusammen, dass die Wirklichkeit des freien Willens *sein Verhältnis zu anderen freien Willen ist.*[11] Das Dasein, das der Wille in der besessenen, gebrauchten oder entäußerten Sache gewinnt, ist daher nur insofern Dasein des Willens, wie es wesentlich sein „*Sein für anderes*“ ist (RPh § 51): In der Sache wird der freie Wille für andere Freie erkennbar, bestimmbar und behandelbar. „Zum Eigentum als dem *Dasein* der Persönlichkeit ist meine *innerliche* Vorstellung und Wille, dass etwas *mein* sein solle“ darum, wie Hegel in § 51 schreibt, „nicht hinreichend“, es wird vielmehr die Besitzergreifung (durch Besitznahme, Formierung oder Zeichen) erfordert: „Das *Dasein*, welches jenes Wollen hierdurch erhält, schließt die Erkennbarkeit für andere in sich.“ Das bedeutet aber, dass das Eigentum mehr sein muss denn ein „Dasein als äußerliche Sache“ (RPh § 71), die als solche in Relation zu anderen Äußerlichkeiten steht. Das Eigentum muss sich vielmehr als „Dasein des *Willens*“ *für andere Willen* realisieren: „Aber als Dasein des *Willens* ist es als für anderes nur *für den Willen* einer anderen Person. Diese Beziehung von Willen auf Willen ist der eigentümliche und wahrhafte Boden, in welchem die Freiheit *Dasein* hat“ (RPh § 71). Eben darum ergibt sich in den *Grundlinien* ein notwendiger Übergang vom Eigentum zum Vertrag. Denn der Vertrag erlaubt mir, Eigentum nicht nur vermittels der Relation zwischen meinem subjektiven Willen und einer Sache zu haben, sondern – was im Besitz der Sache stets schon implizit war – Eigentum „vermittels eines anderen Willens und hiermit in einem gemeinsamen Willen zu haben.“ (RPh § 71)

In der näheren Charakterisierung der Sphäre des Vertrags werden die beiden genannten Aspekte dann zusammengeführt: zum einen, dass es in der Beziehung des Eigentums nicht um den Besitz dieser spezifischen Sache geht, sondern um einen Prozess, der sich an dieser Sache zeigt und über diese hinweggeht; zum

11 Zu der Bestimmung, dass der freie Wille sein Verhältnis zu jedem anderen freien Willen ist vgl. Sebastian Rödl, „Freedom as Right“, *European Journal of Philosophy* 29:3 (2021); Thomas Khurana, „The Struggle for Recognition and the Authority of the Second Person“, *European Journal of Philosophy* 29:3 (2021).

anderen der Umstand, dass es in der Beziehung des Eigentums nicht um die Beziehung von besonderer Sache und subjektivem Willen geht, sondern eigentlich um die Vermittlung der Beziehung von Wille zu Wille. In der Sphäre des Vertrags zeigt sich dadurch als eigentliches Dasein des Willens nicht mehr die Sache selbst, sondern ihr Wert; und als Vollzug dieses Daseins nicht so sehr das Besitzen als das Tauschen: eine Form Eigentümer zu bleiben, indem ich aufhöre, es zu sein. Das Verhältnis des Vertrags enthält „daß jeder mit seinem und des anderen Willen *aufhört,* Eigentümer zu sein, es *bleibt* und es *wird*" (RPh § 74). Erst in der Vereinigung der verschiedenen prozessualen Momente des Besitzes *uno actu* wird Eigentum zu einer wahrhaft geistigen Beziehung.

Blicken wir noch einmal auf den Gang der Hegelschen Darstellung zurück: Sie stellt sich das Problem, wie der freie Wille Dasein gewinnen kann. Die Erörterung geht von der naheliegenden Intuition aus, dass der freie Wille sich dadurch realisieren kann, dass er sich in eine Sache legt und diese somit zu seiner macht. Wenn wir nun aber näher bedenken, inwiefern der Wille sich in der Sache manifestiert, dann können wir begreifen, dass der Wille sich selbst verdinglichen und verkürzen würde, wenn er sich an das Dasein dieser einen Sache binden würde. Er beweist sein Dasein daher nicht in einer Sache, sondern an einer Sache: an ihrer Inbesitznahme, ihrem Gebrauch, ihrer Entäußerung. Der Wille muss sich selbst als Sache gerade untergehen lassen, um als freier aufzuerstehen. Wenn wir die Sache genauer bedenken, dann wird zweitens deutlich, dass der Beweis seiner Freiheit für den Willen nicht dadurch entsteht, dass er sich selbst als den Herren der Sache vorstellt. Er beweist sein Dasein vielmehr dadurch, dass er durch die Beziehung seines Willens zur Sache für andere Willen wird. Der wahrhafte Boden des Daseins der Freiheit ist nicht die Beziehung des einzelnen Willens auf die Sache, sondern die Beziehung von Willen auf Willen, die durch die Sache vermittelt wird.

So betrachtet, beginnt Hegel mit einer Konstellation des possessiven Individualismus gerade, um zu zeigen, dass wir über diese hinausgehen müssen. Jener Wille, der glaubt, als Sache Dasein zu gewinnen, wird die Erfahrung machen, dass er sein Dasein im Gegenteil dadurch zurückgewinnt, dass er sich der Sache entäußert und sich als Beziehung zu anderem Willen manifestiert.

Löst dies aber das Problem, mit dem wir begonnen hatten: das Problem, dass das Recht auf Rechtloses angewiesen ist, an dem es sich beweist? Dies scheint zunächst nicht der Fall zu sein. Denn gerade da, wo der beschriebene Prozess die Identifikation von Willen und Sache überwindet und über die je einzelne Sache selbst hinweggeht, benötigt dieser Prozess als sein Vehikel unfreie, unpersönliche, äußerliche Sachen. Dass der Prozess über diese Sachen als Sachen hinweggeht, unterstreicht nur, dass dieser Prozess einen Strom von Dingen aufzehrt, in denen er sich nur in dem Maße manifestiert, wie er über sie hinweg geht.

Das gilt aber nur auf der ersten Stufe der Entwicklung, die man als die Stufe der Selbstdestruktion des Besitzes beschreiben könnte. Auf der zweiten Stufe, der des Übergangs vom Eigentum zum Vertrag, erscheint der Strom der Dinge nicht mehr als ein endloses Verzehren, Aufbrauchen und Vernutzen der Dinge, deren Nichtigkeit gegenüber dem freien Willen aufgewiesen werden muss; der Strom der Dinge erscheint vielmehr als ein Band, das durch den Kreislauf des Tausches geknüpft wird. Die Sachen, die in diesem zirkulieren, sind auf eine andere Weise geeignet, das Dasein er Freiheit tatsächlich zu verkörpern. Sie treten nicht als das rechtlose Gegenüber des subjektiven Willens auf, sondern als Ausdruck des Rechts und als das Band von Wille und Wille.[12]

3 Eigentum seiner selbst

Nach meiner Lektüre führt Hegel die Idee, dass der Wille sich durch einseitige Bemeisterung des Rechtlosen beweist, also nur ein, um sie als widersprüchlich zu erweisen und uns über sie hinauszuführen. Hegels Darstellung ist eine *reductio* der Idee der Herrschaft des Berechtigten über das Rechtlose. Das zeigt sich nicht nur an der Herrschaft über uns äußerliche leblose Sachen, sondern noch schärfer an der Beziehung zwischen dem Willen einerseits und seinem Leben und Körper andererseits. Diese Beziehung wird von Hegel zunächst ganz nach dem Modell des Verhältnisses von Person und Sache vorgestellt. Indem Hegel dieses Verhältnis aber genauer bedenkt, führt er diese Idee nicht nur ad absurdum, sondern entfaltet zugleich ein anderes Verständnis der Manifestation des Willens im Dasein, das ein Eigentum anderer Art verlangt: das „Eigentum meiner selbst“, das ich (i) nicht durch Selbstentgegensetzung und Selbstherrschaft, sondern durch Selbstaneignung meines Daseins habe; ein Eigentum, das ich ferner (ii) nicht gegen den anderen, *sondern ursprünglich nur durch den anderen habe*. An dem Verhältnis zu unserem eigenen Körper und zu unserem eigenen Leben wird deutlich, wie dem, was zunächst als unfrei, unpersönlich, unrechtlich und äußerlich erscheinen mag, selbst ein Recht zukommen kann – ein Recht gar gegen das Recht des Eigentums an Sachen.

Hegel bestimmt am Anfang seiner Erörterung die Sache im allgemeinen Sinne als „das der Freiheit überhaupt Äußerliche“ (RPh § 40), um dann hinzuzusetzen, dass zu diesem der Freiheit Äußerlichen „auch mein Körper, mein Leben gehört.“ Scheinbar ganz im Sinne der Notiz zu § 39, dass der Mensch Herr sei über alles in

12 Vgl. hierzu grundlegend Dirk Quadflieg, *Vom Geist der Sache. Zur Kritik der Verdinglichung* (Frankfurt am Main: Campus, 2019).

der Natur, also auch: sich selbst als Natur, hebt er hervor, dass der Mensch sich im Unterschied zum Tier verstümmeln und umbringen kann. Es scheint also, dass Hegel nahelegt, dass sich die Freiheit des Willens gerade in dem Vermögen dokumentiert, den eigenen Körper und das eigene Leben als Sache zu behandeln (mir liegt nahe zu sagen: sie zur Sache herabzusetzen).

Vor diesem Hintergrund muss es aber verwundern, dass Hegel zwar behauptet, der Mensch habe ein Recht *auf* seinen Körper und ein Recht *auf* sein Leben (RPh § 47N und § 47Z), aber zugleich bestreitet, dass dies bedeute, er habe ein Recht *über* das Leben und sei „Herr über [s]ein Leben" (RPh §70Z). Wenn es stimmt, dass der Mensch „Herr über alles in der Natur" (RPh § 39 N) ist, dann scheint das nach Hegel gerade nicht einzuschließen, dass er Herr über sich als Natur ist. Hegel scheint also mindestens eine der Konsequenzen, die ich anfangs als beunruhigend beschrieben haben, vermeiden zu wollen: dass mein Selbstverhältnis eines der Herrschaft über mich selbst wird. Es ist Hegels Ambition zu zeigen, dass der Wille durch Herrschaft über sich als Sache gerade nicht seine Freiheit manifestiert und dass die Bewährung des freien Willens vielmehr in der Überwindung dieser falschen Selbstauffassung liegt.

Hegel führt in der Erläuterung des absoluten Zueignungsrechtes des Menschen auf alle Sachen aus, dass sich dieses Recht nach seiner Auffassung auch auf „das Lebendige (das Tier)" (RPh § 44Z) erstreckt. Auch gegenüber dem Tier kann ich durch Zueignung die Hoheit meines Willens gegen die Sache manifestieren. Diese Manifestation stellt Hegel im Zusatz zu § 44 so vor, dass ich dem Lebendigen als meinem Eigentum dadurch „eine andere Seele gebe, als es hatte; ich gebe ihm meine Seele" (RPh § 44Z). Darin zeige sich der Idealismus des freien Willens, von dem Hegel dann aber bemerkenswerterweise gleich im Anschluss sagt: Schon das Tier beweise solchen Idealismus in seiner Fähigkeit, sich die Welt anzueignen und dem Mythos des Gegebenen nicht zu erliegen. Das ist ebenso sprechend wie der Umstand, dass Hegel hier von Tieren nicht sagt, wir würden ihnen, indem wir sie in Besitz nehmen, erstmals eine Seele leihen, die sie zuvor als bloße Sachen noch gar nicht hatten. Vielmehr ist die Rede davon, dass wir ihnen eine andere Seele geben als sie hatten. *Sie hatten also bereits eine Seele*. Es sind also große Zweifel angeraten, ob Hegels Behauptung, wir könnten Lebendiges ebenso als Sache besitzen wie Nichtlebendiges, wirklich konsistent ist mit seiner eigenen Auffassung des Tieres.[13]

Ganz davon abgesehen scheint jedenfalls sicher, dass mein Körper, selbst insofern er bloß „unmittelbares Dasein ist" und mithin dem Geist noch „nicht

13 Zu dieser Auffassung eingehender Thomas Khurana, *Das Leben der Freiheit. Form und Wirklichkeit der Autonomie* (Berlin: Suhrkamp, 2017), Kap. IV.

angemessen“ (RPh § 48), dennoch bereits eine Seele besitzt und ich mithin, in irgendeiner Weise, in ihm schon gegenwärtig und lebendig bin. Wenn es also auch richtig sein mag, dass ich meinen Körper erst noch in Besitz nehmen muss, wie es in § 48 heißt, dann kann dies hier wohl nicht geschehen, indem ich einer Sache, die seelenlos ist, eine Seele einhauche, und wohl auch nicht, indem ich eine Seele durch eine andere auswechsle. Meinen Körper in Besitz zu nehmen, muss bedeuten, ein anderes Verhältnis zu mir selbst, der Seele, die ihm bereits einwohnt, zu gewinnen.

Hegel schreibt in § 47: „Als Person bin Ich selbst *unmittelbar Einzelner;* dies heißt in seiner weiteren Bestimmung zunächst: Ich bin *lebendig* in diesem *organischen Körper,* welcher mein dem Inhalte nach *allgemeines* ungeteiltes äußeres Dasein, die reale Möglichkeit alles weiter bestimmten Daseins ist. Aber als Person habe ich zugleich *mein Leben und Körper,* wie andere Sachen, nur, *insofern es mein Wille ist*“ (RPh § 47, meine Unterstreichung). Im Falle des Körpers nehme ich also keine seelenlose äußere Sache in Beschlag, sondern ich bin bereits in diesem Körper lebendig, der die reale Möglichkeit allen weiter bestimmten Daseins meiner selbst ist. Dass ich dieser Körper und dieses Leben nicht nur bin, sondern diese ausdrücklich habe, dazu ist erforderlich, dass ich den Körper willentlich aneigne; das heißt aber gerade nicht, dass ich die Seele meines Körpers und meines Lebens auswechseln, sondern dass ich sie er- und begreifen muss.

Das Eigentum an meinem Körper unterscheidet sich so auf signifikante Weise von dem Eigentum an äußerlichen Sachen. Das zeigt sich nicht zuletzt an einer bemerkenswerten Umkehrung dahin gehend, inwiefern der Körper Dasein meiner Freiheit *für andere* ist. Während ich äußerliche Sachen unmittelbar innerlich als meine vorstellen mag, ist Anstrengung und Arbeit erforderlich, um sie äußerlich so in Besitz zu nehmen, dass das Dasein der Sache mein Sein für andere wird. Im Falle meines Körpers und meines Lebens ist es umgekehrt: „[*F*]*ür andere* bin ich wesentlich ein Freies in meinem Körper, wie ich ihn unmittelbar habe“, wie es in § 48 heißt, *also unabhängig von aller Inbesitznahme*. Während bei meinem äußeren Besitz eine innerliche Besitznahme der äußerlichen Besitznahme vorausgeht, geht im Falle des Körpers die äußere Anerkennung des Besitzes der inneren Besitznahme voraus. Durch andere bin ich also als der „Besitzer“ oder „Eigentümer“ meines Lebens und Körpers bereits anerkannt, noch bevor ich ihn selbst habe; ich bin als solcher anerkannt in dem Sinne, dass ich sein einzig möglicher Eigentümer bin.

Meinen eigenen Körper und mein eigenes Leben verdanke ich also anderen, nicht mir selbst. Gerade durch und in den Augen der anderen scheinen mein Körper und mein Leben immer schon mehr zu sein als bestimmungslose Sachen, denen ich den Stempel meines freien Willens aufdrücken muss; sie sind vielmehr die unmittelbare Gegenwart der Möglichkeit meiner Freiheit. Hegel schreibt in der

Anmerkung zu § 48, dass „Ich als Freies im Körper lebendig bin". Ich bin also nicht frei in der Verfügung über mein Leben, ich bin in ihm *als Freies lebendig*. Die Inbesitznahme, die nötig ist, um den Körper dem Geiste angemessen zu machen, kann insofern nicht in der Verfügung über, sondern nur in der Ergreifung meines Lebens liegen: in einer Durchdringung, die das Leben erweitert, das die Freiheit in ihm führen kann. Diese Inbesitznahme zielt nicht auf eine Beherrschung, Bemeisterung oder Verfügung über meinen Körper oder mein Leben, sondern, wie es an anderer Stelle heißt, auf ein „Heraufheben des Vorgefundenen zu einem Aus-sich-Erschaffen" (RPh § 123Z).

Dieser anderen Weise der Aneignung und Inbesitznahme, die mein Körper und mein Leben im Unterschied zu meinem äußerlichen Besitz verlangen, entspricht ein anderes Verhältnis zur Entäußerung. Während die Entäußerung zu einem angemessenen Verhältnis zur Sache gehört, da sie letztlich eine unangemessene Form des Daseins für meinen Geist ist, gilt für meinen Körper und mein Leben, dass ich mich ihrer nicht im selben Sinne wie einer Sache entledigen kann und sollte. Wenn mein Körper „die reale Möglichkeit alles weiter bestimmten Daseins ist" (RPh § 47), das ich als Person gewinnen kann – oder mit den Worten des deutschen Verfassungsgerichts: wenn das menschliche Leben als vitale Basis der Menschenwürde gelten darf [14] –, dann kann ich mein Leben nicht entäußern wie eine Sache. Die Person hat nach Hegels Bestimmung so zwar ein Recht *auf* ihr Leben – kann dieses als die vitale Basis ihrer Würde beanspruchen und dessen Schutz verlangen – hat aber kein Recht über dieses Leben, denn wenn sie sich über ihr Leben erhebt, dann würde sie sich damit zugleich über sich selbst erheben. Der Person steht ihr Körper und ihr Leben nicht als ein disponibles Dasein gegenüber, sondern ist sie selbst in anderer, potentialer Gestalt. Es könnte nun sein, dass in dem Maße, wie sich unser Verständnis dieser vitalen Basis verändert, wir besser begreifen, wie innerlich diese vitale Basis von ökologischen Systemen ihrer Ermöglichung abhängt. In dem Maße, wie das der Fall ist, wäre zu fragen, ob uns über diese ökologischen Systeme zu erheben, nicht auch bedeutet, uns über unsere eigene Möglichkeit zu erheben.

4 Ein Recht gegen das Recht

Während Hegels Darstellung unseres Eigentums an Sachen also zeigt, dass der bloße Besitz und die Identifikation mit einer Sache sich letztlich als eine unan-

14 Vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006 – 1 BvR 357/05 -, Rn. 1–156, Abs. 119, http://www.bverfg.de/e/rs20060215_1bvr035705.html.

gemessene Form des Daseins des Willens erweisen, die eine Entäußerung der Sache notwendig macht, verweist uns die Darstellung der Weise, in der die Freiheit des Willens in seinem Körper lebendig ist, auf eine Weise, Eigentum seiner selbst zu sein, die eine dauernde Möglichkeit und Aufgabe ist und gerade unveräußerlich bleibt. In beiden Hinsichten wird deutlich, dass das Eigentum an einer Sache eine beschränkte Form des Daseins des freien Willens ist, die gerade umwillen der Verwirklichung des freien Willens überwunden werden muss. Wenn der Gang der Befreiung des Geistes die Befreiung von den ihm „nicht entsprechenden Formen seines Daseins“[15] ist und wenn dabei die Befreiung des Geistes, wie Hegel sagt „das höchste und absolute Recht“[16] besitzt, dann tun wir Recht daran, über eine Stufe hinauszugehen, auf der die Wirklichkeit der Freiheit bloß das Eigentum an Sachen ist.

Hegel bezieht die zwei Schritte, die ich hier behandelt habe, an späterer Stelle noch einmal so aufeinander, dass das absolute Recht der Befreiung auf bemerkenswerte Weise zur Geltung kommt. In der Figur des Notrechts beschränkt Hegel das Recht auf das Eigentum an Sachen an dem Recht meines Lebens:

> Die *Besonderheit* der Interessen des natürlichen Willens, in ihre einfache *Totalität* zusammengefaßt, ist das persönliche Dasein als *Leben*. Dieses *in der letzten Gefahr* und in der Kollision mit dem rechtlichen Eigentum eines anderen hat ein *Notrecht* (nicht als Billigkeit, sondern als Recht) anzusprechen, indem auf der einen Seite die unendliche Verletzung des Daseins und darin die totale Rechtlosigkeit, auf der andern Seite nur die Verletzung eines einzelnen beschränkten Daseins der Freiheit steht, wobei zugleich das Recht als solches und die Rechtsfähigkeit des nur in *diesem* Eigentum Verletzten anerkannt wird. (RPh § 127)

Selbst wenn es sich hier um ein Recht handelt, das sich nur in einer extremen Situation – in der letzten Gefahr – zu erkennen gibt, ist es bemerkenswert, dass es hier nicht um eine Billigkeit geht, sondern, wie Hegel hervorhebt, um ein „*wahrhaftes Recht gegen formelles Recht*“ (RPh § 127N, meine Hervorhebung), ein „Recht gegen das abstrakte Recht“ (RPh § 127Z). Es handelt sich hier um ein *Recht* gegen das Recht, weil im Leben und im Körper die „unendliche Verletzung des Daseins und darin die totale Rechtlosigkeit“ (RPh § 127) droht. Die Durchsetzung des einzelnen besonderen Eigentumsrechts würde also das Leben und den Körper des Rechts überhaupt bedrohen. Es handelt sich dabei zugleich um ein Recht *gegen* das Recht – genauer gegen das *abstrakte* und *formelle* Recht – weil hieran deutlich wird, dass eine bestimmte Form des Rechts, die paradigmatisch am Ei-

15 G.W.F. Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986), § 382Z.
16 Hegel, *Enzyklopädie III* (s. Fn. 9), § 350.

gentum an Sachen gebildet ist, an seine Grenze stößt. Bei Hegel macht sich am Leben so nicht nur ein „Recht auf Rechte" fest, nach Arendt das einzige Menschenrecht, sondern zugleich ein „Recht gegen Rechte".[17] Das Notrecht offenbart die Endlichkeit und die Zufälligkeit des Rechts und weist auf die höhere Verwirklichung voraus, die die Freiheit erst auf dem Boden der Sittlichkeit, im *lebendigen* Guten, im sittlichen Leben findet. In diesem Zusammenhang verwandelt sich die Rolle des Eigentums auf eine vielfache Weise, die ich hier kaum andeuten kann: Das Eigentum wird in der Entfaltung der Sittlichkeit grundlegend als *Vermögen* neu bestimmt, zunächst als das Vermögen der Familie, in welchem sich die „Eigensucht der Begierde" in die „Sorge und den Erwerb für ein Gemeinsames" verwandelt (RPh §170). Diese Bestimmung des Eigentums als Vermögen ist auch für die bürgerliche Gesellschaft grundlegend, sowohl in der Gestalt des Vermögens des Einzelnen, das hier als solches zum Gegenstand der Rechtspflege wird (RPh § 217), als auch in Gestalt des „*allgemeinen, bleibenden Vermögens*" (RPh § 199), das in der „allseitigen Verschlingung und Abhängigkeit" der Einzelnen voneinander besteht (RPh § 199). In Form der Vorsorge und der Korporation kehrt dann „das *Sittliche* als ein Immanentes in die bürgerliche Gesellschaft *zurück*" (RPh §249), das seine volle Verwirklichung schließlich im „allgemeinen Leben" des Staates (RPh § 258) findet, in dem der freie Wille, der den freien Willen will, eine tiefere Form von Dasein gewinnt. In diesem sittlichen Leben treten Rechte und Pflichten nicht so auseinander, dass mein Recht Deine Pflicht, Deine Pflicht mein Recht ist, sondern mein Recht ist meine Pflicht und meine Pflicht mein Recht: Das Sittliche „als Durchdringung des Substantiellen und des Besonderen enthält, daß meine Verbindlichkeit gegen das Substantielle zugleich das Dasein meiner besonderen Freiheit, d.i. in ihm Pflicht und Recht in ein und derselben Beziehung vereinigt sind" (RPh §261 A). Das Recht tritt daher nicht daran hervor, dass ich eine willkürliche Verfügungsgewalt über einen Besitz habe, den andere tolerieren müssen, da mein Besitzrecht sie verpflichtet. Mein Recht ist vielmehr meine eigene Pflicht: meine Verpflichtung zur Wahrung der Rechte, Güter, Werte, in denen mein eigener Wille zum Ausdruck kommt.

Insofern es stimmt, dass im Notrecht deutlich wird, dass wir die Ordnung des abstrakten Rechts insgesamt überschreiten müssen, so wird hier deutlich, dass die andere Form von Eigentum, die Hegel anhand des „Eigentums meiner selbst" erläutert, über die Form des abstrakten Rechts selbst hinausweist. Zugleich aber verhält es sich nach Hegels Darstellung nicht so, dass das abstrakte Recht für

---

17 Vgl. zu Arendts Konzeption vom Recht auf Rechte: Thomas Khurana, „Recht auf Rechte: Zur Naturalisierung und Politisierung subjektiver Rechte", *Rechtsphilosophie – Zeitschrift Für Grundlagen des Rechts* 3(1) (2017): 15 – 30.

Hegel sich im Schritt in die Sittlichkeit auflöst oder abgeschafft wird. Das abstrakte Recht erhält vielmehr – ebenso wie die Moralität – erst seine wahre Gestalt und Funktion als ein *Moment* der Sittlichkeit. Wenn das richtig ist, dann muss jedoch das abstrakte Recht dieser seiner Grenze in sich selbst grundlegend Raum geben: durch Rechte gegen das Recht.

Hegel erwähnt nun nur ein einziges solches Recht, das Notrecht, das dort greift, wo mein persönliches Leben bedroht ist, und mich berechtigt, mich über das individuelle Eigentumsrecht eines Einzelnen hinwegzusetzen. Problematisch oder beschränkt an diesem Recht scheint zum einen, dass es – selbst wenn es Recht ist – ein Ausnahme- oder Sonderrecht ist, das auf eine Extremsituation höchster Not beschränkt bleibt. Problematisch und beschränkt ist es aber darüber hinaus noch in einer zweiten Weise: Es ist beschränkt auf die Infragestellung des Lebens eines Einzelnen. Auch wenn es naheliegt, dass die Form des abstrakten und formellen Rechts als eine Form des Rechts von Einzelnen am ehesten disponiert ist, seine Grenzen auf diese Weise zu reflektieren, scheint dies dennoch unzureichend. Wenn es anhand des Notrechts um die „unendliche Verletzung des Daseins und darin die totale Rechtlosigkeit" (RPh § 127) geht, dann scheint dieses auch da verletzt und bedroht, wo die Möglichkeit unseres *gemeinsamen Zusammenlebens* und *Überlebens* bedroht ist. Wenn es in der Tat Rechte der Umwelt geben sollte, dann, so legen unsere Überlegungen bis zu diesem Punkte nahe, müssten auch sie diesen Charakter haben und in dieser Form reflektiert werden: durch Rechte gegen das Recht.

Literatur

Philippe Descola, „Human, all too human", Esprit 12 (2015): 8 – 22.

Andreas Fischer-Lescano, „Nature as a Legal Person: Proxy Constellations in Law", Law & Literature 32:2 (Milton Park: Taylor & Francis, 2020), 237 – 262

G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1970).

G.W.F. Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften III (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986).

Thomas Khurana, „The Struggle for Recognition and the Authority of the Second Person", European Journal of Philosophy 29:3 (2021): 552 – 561.

Thomas Khurana, „Recht auf Rechte: Zur Naturalisierung und Politisierung subjektiver Rechte", Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts 3(1) (2017): 15 – 30.

Thomas Khurana, Das Leben der Freiheit. Form und Wirklichkeit der Autonomie (Berlin: Suhrkamp, 2017).

Crawford Brough Macpherson, The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke (Oxford: Clarendon Press, 1962).

Dirk Quadflieg, Vom Geist der Sache. Zur Kritik der Verdinglichung (Frankfurt am Main: Campus, 2019).
Sebastian Rödl, „Freedom as Right“, European Journal of Philosophy 29:3 (2021).
Katrin Trüstedt: Stellvertretung. Zur Szene der Person (Konstanz: Konstanz University Press, 2022).
Julie Turkewitz, „Corporations have Rights. Why shouldn’t Rivers?“, New York Times, 26. September 2017, https://www.nytimes.com/2017/09/26/us/does-the-colorado-river-have-rights-a-lawsuit-seeks-to-declare-it-a-person.html.

Michael Frey, Leipzig

Abstrakte Körper

Die Leere des Rechts

Als Lebewesen besitzt der Mensch einen Körper, in dem und durch den sich seine Lebenstätigkeit vollzieht. Dieser Körper ist der Ort spezifischer Bestimmungen dessen, was er tut und wie er lebt. Er ernährt sich beispielsweise im Allgemeinen von Äpfeln, oder er isst jetzt gerade eine Birne, oder er besitzt eine Wohnung und Bücher oder spielt jetzt gerade auf seinem Klavier eine Fuge. Als Rechtssubjekt hingegen ist er im Grunde genommen, das heißt hinsichtlich des Prinzips, das ihn als Rechtssubjekt konstituiert, erst einmal vollkommen unbestimmt. Er erscheint gemäß diesem Prinzip, nennen wir es das Rechtsprinzip, als ein abstrakter Körper, oder genauer: als ein solcher Körper im Verhältnis zu einem anderen abstrakten Körper. Daraus ergibt sich folgende Grundschwierigkeit des Rechts: Nämlich zu verstehen, worin die Quelle der Bestimmungen des Rechtssubjekts *als* Lebewesen liegt. Worin liegt also der Grund dessen, wie das Rechtssubjekt zu leben hat und was es in Gestalt eines konkreten menschlichen Körpers zu tun hat? Mit dieser Frage soll sich mein Beitrag beschäftigen.

1 Die Abstraktion des Rechts

In Kants Rechtslehre ist der Gedanke tragend, dass „Recht" bloß das äußere Verhältnis zweier oder mehrerer Subjekte betrifft. Das heißt, was Recht ist, sieht vollkommen von *inneren* Aspekten der betreffenden Subjekte ab. Sie beziehen sich durch den Begriff des Rechts rein äußerlich aufeinander. Doch was bedeutet das?

Eine wesentliche Charakterisierung des Rechtsverhältnisses besteht darin, dass es von jeglichen materialen Bestimmungen der Willkür der Subjekte absieht, die in es eingehen. Kant beschreibt das in der *Metaphysik der Sitten* folgendermaßen: „[I]n diesem wechselseitigen Verhältnis der Willkür kommt auch gar nicht die Materie der Willkür, d. i. der Zweck, den ein jeder mit dem Objekt, was er will, zur Absicht hat, in Betrachtung, z. B. es wird nicht gefragt, ob jemand bei der Ware, die er zu seinem eigenen Handel von mir kauft, auch seinen Vorteil finden möge, oder nicht, sondern [es wird] nur nach der Form im Verhältnis der beiderseitigen Willkür [gefragt], sofern sie als frei betrachtet wird, und ob dadurch die Handlung eines von beiden sich mit der Freiheit des andern nach einem all-

 https://doi.org/10.1515/9783110784985-005

gemeinen Gesetz zusammen vereinigen lasse".[1] Der grundlegende Begriff des Rechtsverhältnisses zweier Subjekte abstrahiert also vollkommen von jeglichen Zwecken, durch die sie sich bestimmen könnten. Wenn beurteilt wird, ob das, was beide tun, recht ist, ist irrelevant, was beide je mit ihrem Tun beabsichtigen. Es geht lediglich darum, wie sie sich wechselseitig affizieren und ob sie sich hinsichtlich ihrer Freiheit einschränken. Das bedeutet es, dass das Recht nur „nach der *Form* im Verhältnis der beiderseitigen Willkür" fragt, und zwar „sofern sie als frei betrachtet wird".[2]

Mit dieser Charakterisierung des Rechts vertritt Kant eine genuin moderne Auffassung des Rechts. Darauf werde ich später nochmals ausführlicher zurückkommen. Der Kern des Rechts besteht für ihn in der Idee der subjektiven Freiheit und um diese Idee zu fassen, sieht er in einem ersten Schritt von jeglichen Inhalten der Zwecksetzung, von jeglichen gegebenen Bestimmungen dessen ab, was für Bedürfnisse, was für Sitten oder welche gesellschaftlichen Zwecksetzungen für ein Rechtssubjekt maßgeblich sind. Deswegen ist das Recht in seinem Kern leer oder wie wir es auch bezeichnen können: formal. Es kennt keine materialen Bestimmungen der Subjekte, die es als konstitutiv im Verhältnis zueinander stehend begreift. Die Subjekte treten sich im Rechtsverhältnis also als abstrakte Körper gegenüber, das heißt als Materie, die durch keinen spezifischen Zweck bestimmt ist. Hierin unterscheidet sich das Rechtsverhältnis etwa vom Verhältnis zweier Subjekte, die je einer unterschiedlichen Lebensform angehören – etwa vom Verhältnis des Wolfs zum Reh. Da ist durch die jeweilige Lebensform eindeutig bestimmt, was die Zwecke der beiden Pole sind und was geschieht, wenn sie aufeinander treffen.[3] Das Rechtsverhältnis hingegen abstrahiert davon, dass die Rechtssubjekte, die in es eingehen, eine *spezifische* Lebensform haben.

Doch das bedeutet nun nicht, dass die Rechtssubjekte sich als rein physikalische Objekte aufeinander beziehen, wie etwa zwei Magnete derselben Polung. Das Recht bezieht sie in seinem fundamentalen Prinzip als Subjekte einer freien Willkür aufeinander, das heißt, als Subjekte, die frei sind, Zwecke zu setzen. Wenn wir also in einem Verhältnis zueinander stehen, das Recht ist, dann schränke ich *deine* Zwecksetzung nicht ein und *du* nicht die meine – dies jedoch völlig allgemein betrachtet, das heißt ganz unabhängig davon, welche Zwecke wir je *in concreto* verfolgen beziehungsweise verfolgen können. Ein Rechtssubjekt bezieht sich also auf ein anderes Rechtssubjekt als die bloße Verwirklichung eines Wesens, das frei ist darin, Zwecke zu setzen, und das frei ist, die ihm zugehörigen

1 Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1977), A 33.
2 Kant, *Metaphysik der Sitten* (s. Fn. 1), A 33.
3 Vgl. hierzu etwa G.W.F. Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften II* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986), §§ 367–368.

Mittel – insbesondere seinen Körper – zur Realisierung der betreffenden Zwecke einzusetzen. Das kommt in Kants Definition des ursprünglichen und einzigen Rechts zum Ausdruck, das ein Rechtssubjekt als solches besitzt – er nennt es das angeborene Recht, das sich im inneren Mein und Dein, das heißt im Körper – oder genauer: in meinem Körper im Verhältnis zum Körper eines jeden andern Rechtssubjekts – verwirklicht. Das innere Mein und Dein ist der Körper des Rechtssubjekts *als* die Verwirklichung seines fundamentalen Prinzips, nämlich des angeborenen Rechts: „Freiheit [oder auch] (Unabhängigkeit von eines anderen nötigender Willkür), sofern sie mit jedes anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche jedem Menschen, kraft seiner Menschheit zustehende Recht".[4] Freiheit ist also das erste und konstitutive Recht des Menschen. Doch was heißt hier „Freiheit" konkret oder genauer „Unabhängigkeit von eines anderen nötigender Willkür"? Wann schränke ich die Freiheit eines anderen Rechtssubjekts ein; wann nötige ich ihm eine Zwecksetzung auf?

Ich schränke etwa die Bewegungsfreiheit eines Subjekts, indem ich es einzäune, nur dann ein, wenn es das entsprechende Bewegungsvermögen hat. Oder ich nötige jemandem den Zweck, wach zu sein, durch mein lautes Singen nur dann auf, wenn er im gegebenen Augenblick den Zweck haben könnte, zu schlafen. Wie kommt das Recht aber zu solchen konkreten Inhalten? Etwa wenn es um Ruhestörung geht? Zu welcher Zeit kann man den Zweck haben, zu schlafen, und zu welcher nicht? Woher kommt etwa die materiale Bestimmung einer Rechtsnorm, die Ruhestörung regelt; woher der Rechtsbegriff der Nachtruhe? Dieser Frage, der Frage nach den konkreten, inhaltlichen Bestimmungen des Rechts möchte ich im Folgenden nachgehen.

2 Die innere Spannung des Rechts

Für Niklas Luhmann oder auch für Christoph Menke ist ein Rechtssystem, das sich in seinem fundamentalen Prinzip durch die eben beschriebene Abstraktion konstituiert, modernes Recht. Laut Niklas Luhmann ist das moderne Recht modern, insofern es durch eine spezifische Form von Selbstreferenz, durch Beobachtung zweiter Ordnung, charakterisiert ist – und Christoph Menke versteht das moderne Recht dahingehend als modern, dass es im Unterschied zu traditionel-

4 Kant, *Metaphysik der Sitten* (s. Fn. 1), S. A 45.

lem Recht entsittlicht ist.[5] In der Auffassung, dass das moderne Recht durch eine ihm eigene Abstraktion, durch eine spezifische Form der Selbstreferenz beziehungsweise durch Entsittlichung bestimmt ist, kommt die Grundproblematik eines jeden Rechtssystems zum Ausdruck. Nennen wir diese Grundproblematik die *innere Spannung des Rechts*. Das möchte ich nun ausführen, um dann auf zwei mögliche Weisen einzugehen, wie das moderne Recht mit dieser Spannung umgehen kann.

Wenn das Recht in seinem ersten und grundlegenden Prinzip in der dargestellten Weise eine Abstraktion vornimmt und von jeglichen Zwecken, von jeglichen materialen Bestimmungen absieht – wenn es sich also in seinem Fundament als formales oder abstraktes Recht begreift, dann wirft das die Frage auf, woraus sich die Gültigkeit material bestimmter Rechtsnormen erklärt. Woher stammt also die inhaltliche Bestimmtheit des Rechts? Dass das Recht die Gestalt eines Systems inhaltlich bestimmter Rechtsnormen annimmt, ist notwendig. Denn nur als ein inhaltlich bestimmtes Rechtssystem kann es als eine konkrete rechtliche Wirklichkeit auftreten. Oder anders formuliert: Nur durch inhaltlich bestimmte Normen kann es die Wirklichkeit einer Gesellschaft oder einer Pluralität von Rechtssubjekten normativ bestimmen und gestalten. Formale und zunächst leere Begriffe wie „Eigentum“ oder „Vertrag“ müssen konkretisiert werden, so dass sie anwendbar sind. Es muss etwa festgelegt werden, unter welchen Umständen ein mir entlaufenes Tier noch als mein Eigentum gilt oder zu welchen Zeiten ich mein Klavier nutzen darf, ohne dadurch die Willkür meines Nachbarn zu bestimmen oder einzuschränken, oder es muss festgelegt werden, unter welchen konkreten Umständen ein Vertrag gültig ist, ob er etwa der Schriftform bedarf oder welche Fristen oder Umstände der Bewertung der betreffenden Sache zu berücksichtigen sind. Das moderne Recht ist also mit der Frage konfrontiert, wie seine inhaltlichen Bestimmungen zustande kommen und worin der Grund ihrer Gültigkeit liegt.

In traditionellen Rechtssystemen werden die inhaltlichen Bestimmungen gerechtfertigt, indem auf Sitte, Religion oder die Natur des Menschen verwiesen wird. Das Recht stellt so die Verrechtlichung sittlicher, religiöser oder anderer Vorstellungen davon, was richtig ist, dar. Gewissermaßen kann hier noch gar nicht wirklich zwischen Recht auf der einen Seite und Sitte, Religion oder Natur auf der anderen Seite unterschieden werden. Die Ausdifferenzierung dieser Bereiche – so zum Beispiel Niklas Luhmann – ist eine Errungenschaft der Moderne. Das moderne Rechtssystem begreift sich als autonome Quelle der für es gültigen Normen

5 Vgl. etwa Niklas Luhmann, *Die Ausdifferenzierung des Rechts* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981) oder Christoph Menke, *Kritik der Rechte* (Berlin: Suhrkamp, 2015), Teil I.

und Begriffe. Doch dies konfrontiert das Rechtssystem mit einer grundlegenden Schwierigkeit, die ich die innere Spannung des Rechts nennen möchte.

Das moderne Recht ist durch seine für es konstitutive Abstraktion von jeglichen allgemein verbindlichen Zwecken positives Recht. Nur als positives Recht kann es sich als autonome Quelle der für es gültigen Normen begreifen. Es ist so hinsichtlich der Frage nach der Gültigkeit seiner Normen und Begriffe von allem losgelöst, was ihm als gegeben erscheint. Prinzipiell ist für es jede inhaltliche Bestimmung möglich. Ob eine solche Bestimmung jedoch eine gültige Norm wird, hängt von einer willkürlichen Setzung ab. Doch dann oszilliert es in der Entscheidung, ob eine spezifische Bestimmung nun gültig ist, zwischen *Willkür* und *Gegebenheit*. Entweder es fasst die für es relevanten normativen Bestimmungen als willkürlich auf, oder es behandelt seine normativen Bestimmungen in dogmatischer Weise als gegeben. Diese beiden Weisen, die Gültigkeit von normativen Bestimmungen aufzufassen, widersprechen jedoch je dem Anspruch des Rechtssystems, autonome Quelle inhaltlicher Bestimmungen zu sein. Denn werden diese Bestimmungen als willkürlich begriffen, kollabiert jeder Anspruch auf Gültigkeit. Werden sie aber als gegeben aufgefasst, widerspricht das der Autonomie des Rechtssystems. In der Grundoperation des modernen Rechts, das heißt in der Positivierung von inhaltlichen, rechtlichen Bestimmungen, besteht also eine *innere Spannung zwischen Willkür und Gegebenheit*.

Die innere Spannung des Rechts manifestiert sich nun in Gestalt eines Dilemmas, wenn wir – wie etwa Niklas Luhmann oder Christoph Menke – die inhaltliche Bestimmung des Rechtssystems durch den Kontrast von Innen und Außen des Rechts erläutern.[6] Dieser weitverbreiten Ansicht zufolge verhält sich das Rechtssystem konstitutiv zu einer Sphäre der Äußerlichkeit und nur durch dieses Verhältnis zu seinem Außen kann es spezifische normative Bestimmungen verankern oder für es relevante Entscheidungen treffen. Es ist die Überzeugung, dass die inhaltliche Bestimmtheit des Rechts durch das Verhältnis einer rechtsimmanenten Sphäre zu einer Sphäre dessen zu erläutern ist, was dem Recht als solchem äußerlich ist und ihm deshalb als gegeben erscheint. Als Sphäre der Äußerlichkeit des Rechts kann hierbei etwa die Sphäre der Sittlichkeit, die Gesellschaft, Religion, die Natur des Menschen oder die aggregierten Präferenzen einer Pluralität von Subjekten fungieren.

Wie ich nun aufzeigen möchte, ergibt sich also ein Dilemma, wenn die Autonomie des Rechts, das heißt seine Selbstbestimmung, durch den Bezug des Rechtssystems auf sein Außen, das heißt auf Sitte, Religion oder Natur, erläutert wird. Versteht man die Selbstbestimmung des modernen Rechts nicht als

---

6 Vgl. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993)

rechtsimmanent, sondern als eine spezifische Interaktion von Innen und Außen, dann resultiert daraus, wie ich zeigen möchte, das Dilemma von *Liberalismus* und *Totalitarismus*, den zwei Gestalten des modernen Rechts, die dem Anspruch desselben widersprechen, letzte Quelle gültiger normativer Bestimmungen zu sein. Das möchte ich nun mit Hilfe von Niklas Luhmanns systemtheoretischer Auffassung des modernen Rechts darstellen.

3 Das Dilemma des modernen Rechts

Für Niklas Luhmann ist das moderne Recht dadurch modern, dass es ein autopoietisches Teilsystem einer funktional-differenzierten Gesellschaft darstellt, das ausschließlich nach eigenen Funktionsprinzipien operiert und sich als solches von anderen Teilsystemen der Gesellschaft – etwa der Religion, der Wissenschaft oder der Wirtschaft – aber auch von einzelnen Subjekten unterscheidet und diese je in die Umwelt, das heißt in eine Sphäre der Äußerlichkeit, setzt. So sind diese ihm äußerlichen Funktionen für das Recht *als* Recht nicht mehr bestimmend, außer sie werden gemäß den rechtsimmanenten Prinzipien und Funktionen beobachtet und funktionsfähig gemacht.[7]

Für Luhmann wie auch für Menke wird das, von dem das moderne Recht abstrahiert, zwar in seine Sphäre der Äußerlichkeit verschoben, aber das Recht bleibt *als* Recht konstitutiv darauf bezogen, um sich selbst zu bestimmen. Das moderne Recht weist also durch seinen abstrakten Charakter eine konstitutive Offenheit auf, eine Offenheit zu etwas Äußerlichem, auf das es angewiesen ist, um zu funktionieren, um zu operieren, also um überhaupt zu sein, was es ist. Diesen Gedanken will ich nun aus einer systemtheoretischen Perspektive rekonstruieren.

Systemtheoretisch betrachtet ist die Operationsweise des Rechtssystems das intrajuridische Unterscheiden von Recht und Unrecht, das im gleichen Akt den Unterschied von System und Umwelt, von Recht und Nichtrecht, das heißt den Unterschied von Innen und Außen generiert. Sinnverarbeitende, autopoietische Systeme, wie etwa das Rechtssystem, sind weiterhin durch eine genuine Selbstbezüglichkeit charakterisiert. Sie beziehen sich in ihrem operativen Vollzug immer auch in einer spezifischen Weise auf sich selbst. Denn nur dadurch ist ein systematischer Zusammenhang einer Vielheit solcher Vollzüge möglich. Selbstreferenz ist also konstitutiv für das Operieren des Systems. Durch die Selbstreferenz wird die für das System spezifische Form des Unterscheidens jedoch auf sich selbst angewandt. Die Operation, die einerseits Recht von Unrecht und anderer-

7 Vgl. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (s. Fn. 6).

seits Recht von Nichtrecht unterscheidet, wird folglich plötzlich gemäß dem eigenen Operationsprinzip beurteilt. Es wird gefragt, ob das, was Recht ist, tatsächlich Recht ist und nicht vielmehr Unrecht beziehungsweise Nicht-Recht. Luhmann bezeichnet das als Beobachtung zweiter Ordnung oder re-entry, als Wiedereintritt der Unterscheidung in sich selbst. In dieser selbstbezüglichen Struktur kommt zum Ausdruck, dass das System ein „Bewusstsein" davon hat, dass es sich selbst hervorbringt, dass es in seinen Vollzügen also autonom ist, das heißt ausschließlich gemäß eigener Prinzipien operiert. Es erkennt, dass es selbst die Quelle des Unterschieds von Recht und Nichtrecht beziehungsweise von Recht und Unrecht ist.

Durch das „Bewusstsein" davon, dass das System selbst Quelle seiner Vollzüge ist, indem es selbst Quelle seiner für es konstitutiven Differenz ist, ergibt sich für das System aber eine fundamentale Schwierigkeit: Es kann nicht mehr entscheiden, ob das, was es hervorbringt, sein Vollzug, wirklich zum System gehört oder nicht. Durch die Selbstreferenz tritt also eine fundamentale Unentschiedenheit ins System ein. Es lässt sich nicht mehr dezidiert feststellen, ob ein Vollzug des Systems nun rechtlich oder nicht-rechtlich, recht oder unrecht ist. Diese Unentschiedenheit ist direkte Folge der Selbstreferenz und hat zwei Seiten: Sie ist Tautologie – das Recht ist Recht, weil es das Recht erzeugt – oder Paradoxie – das Recht ist Recht, weil es das Unrecht bzw. Nichtrecht erzeugt.[8] In der Selbstreferenz, die für die Vollzüge des Systems konstitutiv ist, liegt also eine Unentschiedenheit bezüglich der Frage begründet, ob es gemäß seiner eigenen Prinzipien operiert oder nicht – oder anders formuliert: ob seine Prinzipien wirklich *seine* Prinzipien sind – und, insofern seine Prinzipien normative Prinzipien sind, ob seine Normen wirklich die für es gültigen Normen sind.[9] Das muss so sein, denn es folgt daraus, dass es sich in der Begründung seiner selbst und seiner Gültigkeit ausschließlich auf sich selbst bezieht. Es folgt daraus, dass es

8 „Die Umwelt kann aber nur aufgrund interner Operationen unterschieden werden, so wie die Operation der Negation nur als systemeigene Operation produziert werden kann. Das System muß dann die Unterscheidung zwischen sich selbst und der eigenen Umwelt als eigenes Produkt beobachten. Das ist paradox, weil das System sich von einer ihm nichtzugehörigen Umwelt unterscheiden muß und zugleich beobachtet, daß diese Umwelt nichts anderes ist als ein internes Produkt seiner Operationen. Dies passiert immer dann, wenn ein selbstreferentielles, beobachtungsfähiges und deshalb negationsfähiges System sich selbst beobachtet." (Claudio Baraldi, Giancarlo Corsi, Elena Esposito, *Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme* (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1997) S. 132)

9 „Das Rechtssystem, das aufgrund der Unterscheidung Recht/Unrecht operiert, befindet sich dann vor einer paradoxen Situation, wenn es die Frage stellt, mit welchem Recht es feststellt, wer recht hat und wer nicht." (Claudio Baraldi, Giancarlo Corsi, Elena Esposito, *Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme* (s. Fn. 8) S. 133)

sich selbst als autonom begreift und von jeglichen Bestimmungen seiner selbst abstrahiert, die ihm von irgendwo her gegeben wären. Das ist die fundamentale Leere des Rechts. Dies ist die spezifisch systemtheoretische Darstellung der oben bereits erwähnten inneren Spannung des Rechts: Es oszilliert bezüglich der Frage nach seiner Gültigkeit zwischen Willkür und Gegebenheit, es oszilliert zwischen Paradoxie und Tautologie seiner reinen Selbstreferenz.

Für Luhmann ist es nun essentiell, dass das Rechtssystem die für es konstitutive Unentschiedenheit auf eine produktive Weise entfaltet. Denn wenn es in seiner reinen Selbstreferenz verharrt, blockiert es seine Vollzüge, durch die es sich hervorbringt. Deshalb muss es sich in einer bestimmten Gestalt setzen: So und nicht anders, wenngleich es anders möglich wäre. Das Recht muss sich also setzen. Es ist positives Recht. Doch dies kann es, laut Luhmann, auf zwei Weisen sein: traditionell oder modern. Modern ist ein Recht, wenn es sich selbst als positives Recht versteht – oder in anderen Worten, wenn es die für es konstitutive Unentschiedenheit, anerkennt und vertieft, indem es sich selbst als völlig autonome Quelle seiner eigenen Prinzipien begreift. Daraus folgt aber die grundlegende Kontingenz dieser Prinzipien, die das moderne Recht im Gegensatz zum traditionellen Recht affirmieren muss. Das moderne Recht basiert also auf dem Bewusstsein, dass es sich *jederzeit*, das heißt stets in der Gegenwart, selbst setzt und setzen muss – während das traditionelle Recht die Kontingenz, den Setzungscharakter seines Operierens verschleiert, indem es die Setzung seiner Prinzipien zeitlich oder anderswie in eine Sphäre verlagert, auf die es keinen Zugriff (mehr) hat – etwa Natur, Tradition (Vergangenheit), Offenbarung etc. Das moderne Recht muss seine konstitutive Unentschiedenheit also aushalten, ohne dass es durch sie blockiert wird.[10]

Auf dieser Grundlage, das heißt im systemtheoretischen Begriffsrahmen, der die Selbstbestimmung des Rechts konstitutiv über die Differenz von Innen und Außen erläutert, gibt es für das moderne Recht meines Erachtens nun zwei Möglichkeiten, um seinem Setzungscharakter und der damit verbundenen Kontingenz seiner inhaltlichen Bestimmungen gerecht zu werden: *Entweder* das Rechtssystem ordnet sich die Sphäre dessen, was ihm äußerlich ist, unter, indem

---

10 „Unter strukturellem Gesichtspunkt existiert also jede Unterscheidung nur in der Gleichzeitigkeit ihrer beiden Seiten; unter einem operationellen Gesichtspunkt kann sie nur im Nacheinander der Operationen aktualisiert werden, da das Operieren auf der einen Seite, das Operieren auf der anderen Seite ausschließt. Deswegen muß jedes System auf der Ebene der Strukturbildung die Paradoxie entfalten, sich selbst so entparadoxieren, daß Beobachtungen nicht blockiert werden." (Claudio Baraldi, Giancarlo Corsi, Elena Esposito, *Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme* (s. Fn. 8), S. 134) – Vgl. auch Niklas Luhmann, „Tautologie und Paradoxie in den Selbstbeschreibungen der modernen Gesellschaft", *Zeitschrift für Soziologie* 16:3 (1987).

es willkürlich eine spezifische, von außen gegebene inhaltliche Bestimmung positiviert und diese Positivierung als unbedingt und von nun an unanfechtbar begreift. So wird etwas, was für das Rechtssystem als ihm Äußerliches gar keine Normativität besitzen kann, mit einer juridischen Gültigkeit ausgestattet, die also unbedingt, universell und ewig erscheint. Es setzt sich als Recht gegenüber dem Nichtrecht im vollen „Bewusstsein" der Beliebigkeit dieser Setzung. Es *totalisiert* damit seine Entscheidungsgewalt gegenüber seinem Außen, da es erkennt, dass es radikal ungebunden ist. Doch dies beruht auf einer willkürlichen Setzung von etwas als gültig, was als solches keine juridische Gültigkeit beanspruchen kann. Bei näherer Analyse muss ein solchermaßen dogmatischer Gültigkeitsanspruch deswegen also in sich kollabieren. Er wird zur Gewalt. Das ist das moderne Recht in Gestalt des Totalitarismus. *Oder* das Rechtssystem ordnet sich selbst der Sphäre der Äußerlichkeit unter, indem es seinen Inhalt als prinzipiell unbestimmt und durch die für es zufällige Beschaffenheit dessen, was ihm äußerlich ist, modifizierbar versteht. Es *neutralisiert* seine Setzung dahingehend, dass es seine Umwelt, das Nichtrecht, als Quelle seiner inhaltlichen Bestimmungen begreift. Es nimmt sich gewissermaßen zurück und erhebt das Außen des Rechts zur Entscheidungsgewalt bezüglich des Inhalts der Rechte. Sein Inhalt, das heißt seine konkreten normativen Bestimmungen werden dann beliebig bestimmbar und zufällig, womit der Anspruch auf Gültigkeit ebenfalls kollabiert. Er wird zur Ohnmacht. Denn wie sollte eine Norm, die beliebig bestimmbar, veränderbar und somit vergänglich ist, einen Anspruch auf Gültigkeit verkörpern? Das ist das moderne Recht in Gestalt des Liberalismus.[11]

Das sind die zwei möglichen Gestalten des modernen Rechts, wenn seine Selbstbestimmung vermittels des Kontrasts von Innen und Außen erläutert wird. Die beiden Aspekte der inneren Spannung des Rechts werden hier aufgespalten und auf die zwei Hörner eines Dilemmas verteilt: Willkür des Gegebenen in Gestalt des Liberalismus und Gegebenheit des Willkürlichen in Gestalt von Totalitarismus. Beide jedoch sind unhaltbar, da sie in einer je spezifischen Weise dem Charakter von Recht widersprechen, nämlich autonome Quelle normativer Bestimmungen zu sein. Beide werden zu Unrecht, einmal in Form von Gewalt und einmal in Form von Ohnmacht.

Das moderne Recht und seine Selbstbestimmung, das heißt die Weise, in der es selbst Quelle seiner inhaltlichen Bestimmungen ist, muss also anders verstanden werden – so dass sich das dargestellte Dilemma nicht aufdrängt. Die

---

11 Die Begriffe „Totalitarismus" und „Liberalismus" sind hier im Sinne Weber'scher Idealtypen zu verstehen. Sie erfassen nichts, was in dieser Reinform existierte. Sie spannen jedoch als Extrempunkte das Spektrum dessen auf, wie politisch-rechtliches Denken und Handeln in der Moderne fehlgehen kann.

Selbstbestimmung des modernen Rechts darf nicht über die Differenz von Innen und Außen erklärt werden. Wir müssen also die Überzeugung zurückweisen, dass die inhaltliche Bestimmtheit des Rechts durch das Verhältnis einer rechtsimmanenten Sphäre zu einer Sphäre dessen zu erläutern ist, was dem Recht als solchem äußerlich ist und ihm deshalb als gegeben erscheint – wie etwa Sitte, Religion, Wissenschaft, Wirtschaft oder die Natur des Menschen. Ich will nun mit Verweis auf Hegel eine mögliche alternative Auffassung der Selbstbestimmung des modernen Rechts skizzieren.

4 Hegel: Widerspruch und innere Opposition der bürgerlichen Gesellschaft

Für Hegel verhält sich das moderne Recht nicht äußerlich zu Sitte, Gesellschaft und Lebendigkeit des Menschen. Das bedeutet aber, dass Hegel das moderne Recht im Gegensatz zu Kant nicht als eine Abstraktion von jeglichen Zwecken und inhaltlichen Bestimmungen begreift. Ihm zufolge ist die gesamte Wirklichkeit einer Gesellschaft rechtsimmanent. Staat, Gesellschaft, Familie oder einzelne Subjekte sind allesamt die Verwirklichung des Rechts, also das, in dem das Recht seine konkrete Wirklichkeit findet. Die Selbstbestimmung des modernen Rechts kann für ihn also nur rechtsimmanent gedacht werden.[12] Denn es gibt kein Außen des Rechts. Das will ich nun kurz erläutern.

Hegels Gedanke, dass das moderne Recht einen spezifischen Widerspruch hervorbringt, nämlich das, was man als den Widerspruch der bürgerlichen Gesellschaft bezeichnen kann, könnte nun den Ausgangspunkt darstellen, um über die Möglichkeit einer Auflösung des genannten Dilemmas nachzudenken – um also ein adäquates Verständnis der Selbstbestimmung des modernen Rechts zu formulieren.

Die bürgerliche Gesellschaft ist für Hegel ein Charakteristikum und eine Errungenschaft der Moderne. Das moderne Recht verwirklicht sich ihm zufolge als bürgerliche Gesellschaft. Doch diese Wirklichkeit bringt einen für sie konstitutiven Widerspruch hervor. Der Widerspruch der bürgerlichen Gesellschaft manifestiert sich, wie Hegel meint, konkret in Ausschweifung, Elend und Verderben.[13] Doch abstrakter zeigt er sich in der Möglichkeit einer *inneren Opposition des modernen, bürgerlichen Rechts gegen sich selbst*. Das moderne Recht kann in der bürgerlichen Gesellschaft in eine innere Opposition zu sich selbst treten. Anders

---

12 Vgl. G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1970)

13 Vgl. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (s. Fn. 12), § 185.

formuliert: Es kann sich selbst als Äußerlichkeit gegenüber treten. Das ist ein Widerspruch. Doch was bedeutet das? Und wie hilft es uns, die für meinen Beitrag leitende Frage nach der Quelle der inhaltlichen Bestimmungen des modernen Rechtssystems zu beantworten?

Das moderne Recht kann in Gestalt der bürgerlichen Gesellschaft die Opposition zweier sich ausschließender, aber dennoch gleichermaßen berechtigter Ansprüche oder Rechte hervorbringen. Entweder in einem einzelnen Rechtssubjekt oder im Verhältnis mehrerer Rechtssubjekte. Etwa wenn der Schutz des Lebens mit dem Recht auf Handlungsfreiheit in Konflikt gerät, Leben versus Privatautonomie. Oder wenn die Vertragsfreiheit mit der menschlichen Würde in Konflikt gerät; Privatautonomie versus Würde. Ein Beispiel der ersten Konstellation wäre etwa die Frage nach Verbot oder Erlaubnis der geschäftsmäßigen Beihilfe zum Suizid, ein Beispiel der zweiten Konstellation die Frage nach der Rechtmäßigkeit entwürdigender Arbeitsverträge. Das ist für Hegel die innere Negativität des modernen, positiven Rechts. Zwei Rechte bzw. zwei Ansprüche treten sich gegenüber und heben sich wechselseitig hinsichtlich ihrer Gültigkeit auf. Sie schließen sich wechselseitig als je gültig und ungültig zugleich aus. Das betrifft in einem ersten Schritt zwar nur lokal die zwei betreffenden Rechte oder Ansprüche. Doch es hat zweitens auch fundamentale Konsequenzen für das moderne Recht als solches. Denn durch eine solche innere Opposition, in der eine partikulare inhaltliche Bestimmung einer anderen negativ gegenüber tritt, wird das Rechtssystem selbst als letzte Quelle der Autorität und Gültigkeit seiner Bestimmungen in Frage gestellt. Es ist dann nicht länger entscheidbar, ob eine einzelne Rechtsnorm, ein spezifischer Anspruch und grundsätzlich auch ob das Rechtsystem in seiner Gesamtheit Recht oder Unrecht ist. Der für das Recht konstitutive Kontrast von Recht und Unrecht droht zu kollabieren. Das bedeutet es, dass die bürgerliche Gesellschaft, wie Hegel meint, der Verlust des modernen Rechts darstellt, obwohl sie zugleich die Verwirklichung des modernen Rechts verkörpert.[14] *Das ist der Widerspruch der bürgerlichen Gesellschaft.*

Die Situation, in der einzelne Rechtsnormen, das heißt einzelne inhaltliche Bestimmungen des Rechtssystems, sich wechselseitig hinsichtlich ihrer Gültigkeit in Frage stellen, oder gar die Situation, in der das Rechtssystem als Ganzes hinsichtlich der Autorität über seine Bestimmungen in Frage gestellt wird, zwingt das moderne Recht permanent dazu, sich immer wieder neu zu rechtfertigen und die Gültigkeit seiner Bestimmungen immer wieder neu zu begründen. Das bedeutet nun aber auch, dass seine inhaltlichen Bestimmungen plastisch, veränderbar und dynamisch sind. Sie werden durch gesellschaftliche Konflikte und historische

---

14 Vgl. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (s. Fn. 12), § 181.

Prozesse verändert und neu bestimmt. Doch das geschieht nicht durch ein Wechselspiel von Innen und Außen des Rechtssystems, sondern durch eine interne Dynamik, die durch die innere Opposition seiner konkreten, inhaltlichen Bestimmungen – und insbesondere die Opposition einzelner Rechtssubjekte – zustande kommt.

In inneren Oppositionen des modernen Rechts und im Widerspruch der bürgerlichen Gesellschaft zeigt sich also der genuine zeitliche Charakter des modernen Rechts. Das richtige Verständnis von innerer Opposition und Widerspruch der bürgerlichen Gesellschaft erklärt, inwiefern das moderne Recht geschichtlich ist. Das heißt einerseits: Es erklärt seine Veränderbarkeit auf der Ebene seiner inhaltlichen Bestimmtheit. Der Widerspruch der bürgerlichen Gesellschaft, so die These Hegels, erklärt aber andererseits auch die Vergänglichkeit des modernen Rechts als solchem. Er erklärt, weshalb das moderne Recht sich gerade als eine historische Gestalt des Rechts transformieren und über sich hinausgehen kann und muss, indem es seine Grundbegriffe und somit die Grundpfeiler seiner Wirklichkeit, das heißt den Begriff der Freiheit, des Rechtssubjekts und seiner Selbstbestimmung, revidiert und grundsätzlich neu bestimmt.

Durch diese Auffassung des modernen Rechts verstehen wir den Körper des Rechtssubjekts aber nicht länger als einen abstrakten Körper, das Prinzip seiner Wirklichkeit nicht länger als ein leeres Prinzip. Es ist nicht länger so, dass das Rechtssubjekt als solches ein abstraktes Wesen ist, das vollkommen frei ist, sich Zwecke zu setzen – nur mit der Bedingung, dass das mit der Freiheit aller anderen Rechtssubjekte zusammenstimmen muss, was dann die Frage aufwarf, wie die inhaltlichen Bestimmungen des Rechtssystems überhaupt zustande kommen. Nein, das Prinzip des modernen Rechts, so Hegel, was das Prinzip der bürgerlichen Gesellschaft ist, ist ein Prinzip der inneren Opposition: Es ist ein Prinzip davon, dass das Rechtssubjekt zu sich selbst oder zu anderen Rechtssubjekten in Opposition treten kann und muss, wodurch seine inhaltliche Bestimmtheit plastisch und veränderbar wird. Die inhaltliche Bestimmtheit des Rechtssystems und somit auch der Rechtssubjekte und ihres für sie konstitutiven Verhältnisses ist eine sozio-historische Wirklichkeit – und genauso ist der Körper des Rechtssubjekts eine sozio-historische Wirklichkeit.

Es ist nun aber nicht so, dass für Hegel nicht auch der Begriff der Freiheit das Prinzip des Rechts darstellen würde. Wie auch für Kant ist das Rechtssystem die Verwirklichung der Freiheit. Doch Freiheit, Selbstbestimmung, heißt hier nicht „Unabhängigkeit von eines andern nötigender Willkür“, sondern Selbstbestimmung der Rechtssubjekte durch Konflikt und wechselseitige (innere) Opposition derselben. Und der erste und fundamentale Ort dieser Freiheit ist das wechselseitige, körperliche Verhältnis zweier oder mehrerer Rechtssubjekte. Doch dieses Verhältnis ist nicht abstrakt. Es enthält alle materialen, normativen Bestimmun-

gen der Lebendigkeit der betreffenden Subjekte, jedoch weder als etwas Willkürliches, noch als etwas Gegebenes – sondern als etwas, was stets mit Hinblick auf seine Gültigkeit reflektiert, gestaltet und transformiert werden muss.

Der Körper des Rechtssubjekts ist also nicht, wie Kant meint, vollständig unbestimmt und abstrakt, insofern der Begriff des Rechtssubjekts von jeglicher Zwecksetzung und jeglicher inhaltlicher Bestimmtheit absieht. Denn das hätte zur Folge, dass ihm seine Bestimmtheit entweder durch Gewalt aufgenötigt werden oder durch eine nicht-normative Quelle, zum Beispiel seine Natur, gegeben sein müsste. Das Recht darf also in seinem ersten Prinzip, im Prinzip, das das Rechtssubjekt als solches im Verhältnis zu einem anderen Rechtssubjekt konstituiert, nicht leer sein. Es ist Prinzip einer plastischen, sozio-historischen Bestimmtheit. Die Zwecksetzung des Rechtssubjekts und seine inhaltliche Bestimmtheit ist bestimmbar und veränderbar, indem sie durch innere Opposition ihrer gegen sich selbst stets revidiert, transformiert und über sich hinausgerissen wird. Das Rechtssubjekt hat also – und mit diesem Punkt möchte ich enden – einen sozio-historischen Körper.

Literatur

Claudio Baraldi, Giancarlo Corsi, Elena Esposito, Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1997).

G.W.F. Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften II (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986).

G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1970).

Immanuel Kant, Metaphysik der Sitten (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1977).

Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993).

Niklas Luhmann, Die Ausdifferenzierung des Rechts (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981).

Niklas Luhmann, „Tautologie und Paradoxie in den Selbstbeschreibungen der modernen Gesellschaft“, Zeitschrift für Soziologie 16:3 (1987).

Christoph Menke, Kritik der Rechte (Berlin: Suhrkamp, 2015).

Ludger Schwarte, Düsseldorf

Welche Rechte für welche Körper?

1 Menschen, Tiere und andere Kreaturen

Wer das Buch „Tiere wie wir" von Christine M. Korsgaard[1] gelesen hat, dem wird nicht entgangen sein, dass sich darin eine Verschiebung entlang begrifflicher Polaritäten findet, die für den gesamten Diskurs des Tierschutzes und der Tierrechte kennzeichnend ist.

Korsgaard will nachweisen, dass in Kants Denken eine Lücke klafft, die in der Verkennung der Möglichkeit absoluter Güter und Selbstzwecke für Tiere bestünde. Für Kant sind nur Menschen autonom und moralfähig. Das bedeutet aber nicht, so Korsgaard, dass nicht auch Tiere ein Recht auf Anerkennung ihrer Güter als für sie absolut und ihrer selbst als Selbstzwecke hätten. Ich will diese Lücke nicht bestreitet.

Mir geht es vielmehr um die Grundbegriffe, mit denen Korsgaard operiert, ohne sie zu explizieren: Korsgaard spricht zu Beginn ihres Textes von Menschen und Tieren, unterscheidet folglich beide Gruppen oder Wesenheiten – und entlang dieser Unterscheidung spricht sie nur Menschen Vernunft und Tieren andere Befähigungen zu – während sie im Laufe des Textes zu dem Ausdruck „Menschen und andere Tiere" übergeht. Dies impliziert, dass Menschen eine Spezies sind, Tiere wäre der Oberbegriff. Als Eigenschaft des „Genus Proximum" firmiert hier die auf Lust- und Schmerzempfinden basierende Leidensfähigkeit. Am Ende des Textes wird dann ein theologischer Begriff eingeführt, der in diesem Diskurs den oft unausgesprochenen Horizont bildet: Der Begriff des „Mitgeschöpfes" bzw. der Kreatur.

Im deutschen Tierschutzgesetz (im BGB) gelten Tiere seit 1990 nicht mehr als Sachen, sondern „Mitgeschöpfe". Auch in vielen Rechtssystemen gibt es inzwischen einen besonderen Schutz der Tiere – der jedoch oft noch über den Schutz der Natur oder der Kreatur, der Schöpfung hinausgeht. Die Schöpfung zu bewahren und das Kreatürliche zu schonen ließe sich immer noch mit dem ver-

1 Christine M. Korsgaard, *Tiere wie wir: Warum wir moralische Pflichten gegenüber Tieren haben. Eine Ethik*, (München: C.H. Beck 2021) Orig. Christine M. Korsgaard, F*ellow Creatures: Our Obligations to the other Animals*, (Oxford: Oxford University Press, 2018).

 https://doi.org/10.1515/9783110784985-006

meintlichen Gebot „Macht Euch die Erde Untertan“ (im Buch Genesis 1,26–28) verbinden.[2] Die implizite Hierarchie kann jedoch auch umgedreht werden:

Der Fluss Whanganui in Neuseeland wird seit 2017 als Rechtsperson anerkannt.[3] Er gilt nun nicht, wie Menschen, als „natürliche Person“, sondern als juristische Person, ähnlich wie Vereine, Stiftungen oder Aktiengesellschaften. Zur Verteidigung seiner Interessen vor Gericht hat die neuseeländische Regierung dem Fluß Whanganui nun zwei Vertreter an die Seite gestellt, einen von der Regierung und einen von den Maori, die in dem Fluss ein Lebewesen und einen mythischen Vorfahr sehen.[4]

Doch für manche ist dieser Status der juristischen Person noch zu schwach. Einige Natur- und Tierschützer fordern Persönlichkeitsrechte für höhere Tiere. Der australische Philosoph John Hadley erweitert den Fokus der Tierrechte über die Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit hinaus und plädiert in seinem Buch „Animal Property Rights“ dafür, Tiere mit Eigentumsrechten an ihren natürlichen Habitaten auszustatten.[5] Naturschutz und Tierrechte könnten von Rechtsvertreter*innen wahrgenommen werden, ähnlich wie dies bei Kindern geschieht.

Auch in Bernd Ladwigs 2020 erschienenem Buch „Politische Philosophie der Tierrechte“ werden diese nicht aus politischen Theorien im engeren Sinne, sondern vielmehr, wie bei Korsgaard, aus moralischen Erwägungen abgeleitet. Er schreibt: „Grundlegende Rechte [kommen] nicht erst durch politische oder soziale Akte des Verleihens in die Welt [...]. Sie gehen vielmehr aus dem moralischen Überlegen selbst hervor. Dieses Überlegen [...] muss der Unvertretbarkeit des Einzelnen gerecht werden. Der moralische Status besteht deshalb in einem Recht auf Rechte.“[6] Dieses Recht wird von einem Subjekt verkörpert und hat einen Adressaten: Ein Subjekt hat ein Anspruch auf ein Rechtsgut gegen einen Träger der Pflicht oder Verpflichtung[7]. Ladwig schreibt: „Die normative Beziehung geht von A, der Inhaberin des Rechts, aus. Diese darf direkt und um ihretwillen erwarten, dass B etwas tut oder lässt. Ohne diese von A verkörperte praktische

2 Lynn White, „The Historical Roots of Our Ecological Crisis“. Science, Vol. 155, Nr. 3767, 1967, 1203–1207.

3 Tilo Wesche hat die Teilnehmer*innen des Workshops zur Rechtskritik an der Kunstakademie Düsseldorf, und so auch mich, im Januar 2020 auf diesen Fall hingewiesen.

4 Vgl. Peter Carstens, „Maori-Fluss erhält Rechte als Person, Ein einzigartiges Gesetz sichert in Neuseeland einem Wasserlauf Rechte zu – Rechtsbeistand inklusive“, in: GEO, 16.03.2017.

5 John Hadley, *Animal Property Rights, A Theory of Habitat Rights for Wild Animals*, (Lanham/London: Lexington Books 2015).

6 Bernd Ladwig, *Politische Philosophie der Tierrechte*, (Berlin 2020), 105.

7 Ladwig, Politische Philosophie der Tierrechte, S. 105, folgt hier Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M. 1994, 171.

Autorität bestünde diese Pflicht nicht."[8] Wichtig in unserem Zusammenhang ist nun, dass Ladwig dieses Verkörpern auf das Selbstverhältnis, genauer auf die Selbstachtung zurückführt, die Rechtssubjekten seines Erachtens eigen ist.[9]

Die Anerkennung der Interessen der Tiere, die Ladwig, wie es scheint, kennt und die er in ihrem Namen fordert, basiert auf der Fähigkeit, ihre Verkörperungsleistung anzuerkennen. Diese fundiert ihre und unsere Empfindungsfähigkeit: „Mit ‚Interessen' sind Vorteile gemeint, die Empfindungsfähigkeit voraussetzen. Nicht Tiere überhaupt, wohl aber höhere Tiere könnten in diesem Sinne Rechtssubjekte sein. Wo genau wir die Grenze ziehen sollten, mag umstritten bleiben [...]. Da wir Tiere nicht regelrecht fragen können, wie es um ihre psychischen Zustände steht, sind wir hier auf Analogieschlüsse angewiesen. Wir können dazu physiologische und verhaltensbezogene Befunde heranziehen. Für zumindest minimale Bewusstseinszustände bei Tieren sprechen auf der physiologischen Ebene der Besitz eines zentralisierten Nervensystems und auf der Verhaltensebene das Vermögen zur Verhaltensanpassung und zum Lernen mit Bezug auf Reizquellen."[10] So wichtig das Anliegen ist, Tieren nicht nur Qualen zu ersparen, sondern ein für sie gutes Leben zu ermöglichen (und darüber hinaus auch aus ökologischen Gesichtspunkten die Landwirtschaft zu reformieren), so liegt doch hier, in Ladwigs Analogieschlüssen, das ganze Dilemma offen zutage. Dieses Dilemma verweist auf die zugrunde liegende Aporie, und niemand kann meines Erachtens mit den traditionellen oder mit den heute auf dem Tisch liegenden Antworten zufrieden sein:

Denn auch Ladwig unterscheidet zwischen Menschen und Tieren. Er fordert von empathie- und analogiefähigen Menschen Rechte für Tiere. In einem zweiten Schritt führt er eine Zäsur in diesen Begriff aufgrund von (vermeintlichen) körperlichen Kennzeichen ein. Er hebt also innerhalb der Lebewesen eine qualifizierte Menge hervor, wenn er von höheren Tieren spricht, und mobilisiert als diejenige Eigenschaft, die diese höheren Tiere mit Menschen teilen, das zentralisierte Nervensystem. Die zweite von ihm genannte Merkmalsgruppe nämlich, das Vermögen zur Verhaltensanpassung und zum Lernen mit Bezug auf Reizquellen, besitzen nicht nur Tiere, sondern alle Lebewesen und auch Künstliche Intelligenzen.

Neben Ladwig fordern viele Tierrechtler*innen und Tierschutzorganisationen Rechte für Lebewesen mit zentralem Nervensystem. Warum sollte nun das „Recht auf Rechte" aus dem Besitz eines zentralen Nervensystems folgen?

---

8 Ladwig, Politische Philosophie der Tierrechte, 106.
9 Ladwig, Politische Philosophie der Tierrechte, 108.
10 Ladwig, Politische Philosophie der Tierrechte, 114 f.

Neben dieser Zäsur im Begriff des Tieres steht eine zweite begriffliche Schwierigkeit der Lösung des Dilemmas im Wege. Diese Schwierigkeit besteht in der inkonsistenten Verwendung der Grundbegriffe „Mensch“ und „Tier“; wahrscheinlich auch „Lebewesen“, aber das ist ein anderes Feld.

Entweder sind Tiere bewegliche Lebewesen, im Unterschied zum Menschen. Oder der Mensch ist ein Tier unter Tieren. Aber was spräche dann dagegen zu sagen: Der Mensch ist ein Tier, das ein Recht auf Rechte besitzt?

Ein solches Recht auf Rechte könnte nicht auf einer kantianisch verstandenen Vernunft, sondern auf Kommunikation bzw. – elementarer noch – auf einer spezifischen Interaktionsfähigkeit basieren. Ladwig erwägt einen solchen Ansatz, den er in Martin Seels „Versuch über die Form des Glücks“ findet.[11] Ladwig rekonstruiert Seels Position so, dass dieser die Begründung für moralisches Verhalten aus der strikten Wechselseitigkeit herausführen will und deshalb zwischen moralischen Adressaten, moralischem Gegenüber und moralischen Akteuren differenziert. Moralische Akteure sind moralisch und körperlich versehrbar. Die körperliche Versehrbarkeit, die sie auf Zuwendung und Fürsorge angewiesen macht, kennzeichnet die Gruppe derjenigen, die Seel „moralisches Gegenüber“ nennt. Ein moralisches Gegenüber kann also jemand oder etwas sein (ein Tier, ein Baby, ein kranker oder behinderter Mensch), der/die/das selbst kein moralisches Subjekt ist.[12] Daraus folgt für Seel eine nicht nur, wie bei Habermas, moralanaloge, sondern eine genuin moralische Beziehung zu „einseitig fürsorge- oder hilfebedürftigen anderen“.[13] Nach Seel ist die Position des moralischen Gegenübers von der Qualität tatsächlicher Interaktionen abhängig, so dass sie Fürsorge einfordert, nicht als Gattung und auch nicht aufgrund analoger Gründe für Handlungen (z. B. Schmerzvermeidung), sondern quasi individuell. Ladwig kritisiert Seels Position, weil demzufolge vorrangig für Haustiere aufgrund möglicher Artikulation von Leidensfähigkeit der Status eines moralischen Gegenübers eingeräumt wird, nicht aber für alle leidensfähigen Tiere. Ladwig hält dafür, der Status müsse kategorisch allen Leidensfähigen eingeräumt werden, woraus aber noch nicht umfassende Pflichten folgten, beispielsweise nicht die Pflicht, wilde Tiere voreinander zu schützen.

Menschen genießen Rechte, vor allem das Recht auf körperliche Unversehrtheit, sodass sie nicht getötet, versklavt, ihren Familien entrissen und ausgebeutet werden dürfen. Diese Exklusivität des Rechte-Habens wird von den Theoretikern der Tier-Rechts-Debatte in Zweifel gezogen. Sue Donaldson und Will

11 Bei Ladwig, Philosophie der Tierrechte, 89 – 93.
12 Martin Seel, *Versuch über die Form des Glücks. Studien zur Ethik*, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 1999), 274.
13 Ladwig, Politische Philosophie der Tierrechte, 91.

Kymlicka vertreten in ihrem Buch „Zoopolis“[14] die Auffassung, dass der Mensch ein Tier unter Tieren ist und dass anderen Tieren zumindest eben diese Rechte auch zustehen, weil sie Lust und Schmerz, Befriedigung und Enttäuschung verspüren können. Sie unterscheiden drei Arten von Tieren, abhängig von dem Verhältnis dieser Tiere zu Menschen, nämlich Haustiere, Zwischenbereichstiere und Wildtiere. Sie wollen Haustieren Staatsbürgerrechte, Zwischenbereichstieren wie Mäusen, Ratten, Spatzen, Waschbären oder Füchsen den Einwohnerstatus ähnlich Ausländern und den in der Wildnis lebenden Tieren den Status territorialer Souveräne zuerkennen.

Auch Donaldson und Kymlicka stützen ihre Forderung, Tiere als Personen anzuerkennen, auf die These, auch Tiere hätten Bewusstsein und Empfindungsvermögen. „Allen mit Bewußtsein bzw. Empfindungsvermögen begabten Lebewesen“ sollten Schutzrechte zukommen, „einerlei ob Mensch oder Tier. Ein bewusstes/empfindungsfähiges Wesen gilt als Selbst.“[15] Mit dem Kriterium des Empfindungsvermögens, das die Basis für subjektives Erleben abgibt, stellen sich Donaldson und Kymlicka auch gegen solche Tierrechts-Theoretiker, die zusätzlich noch die Schwelle der kognitiven Komplexität voraussetzen, die Erinnerungsvermögen und Selbstbewusstsein umfasst und die sich deshalb in ihren Forderungen auf höhere Tiere beschränken. Donaldson und Kymlicka behaupten, ihre These, wonach Tiere „wirklich subjektive Welterfahrung kennen bzw. Schmerz, Leid, Furcht oder Lust erleben“ werde von „der überwältigenden Mehrzahl der Biologen und Philosophen akzeptiert“. Welche Tiere aber? Offenkundig sprechen sie von Tieren mit Gehirn.[16]

Ähnlich begründet Tom Regan schon seit Jahrzehnten die Forderung nach weitgehenden Tierrechten mit der experimentalphysiologischen Möglichkeit, deren Nerven und Gehirn zu reizen. Doch warum sollte das „Gehirnhaben“ besser geeignet sein zur Begründung des „Rechts auf Rechte“ als das „Vernunfthaben“? Warum sollte es die Reizung von Nerven und nicht die schiere Reizbarkeit sein? Oder die spontane Bewegungsfähigkeit?

14 Sue Donaldson, Will Kymlicka, *Zoopolis. Eine politische Theorie der Tierrechte*, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 2013).

15 Donaldson, Kymlicka, Zoopolis, 59.

16 Donaldson, Kymlicka, Zoopolis, 62.

2 Speziezismus? Pflanzen und andere Transgressionswesen

Nicht nur Tiere können sich selbständig bewegen, auch einige Pflanzen. Tiere, wird oft gesagt, unterscheiden sich von Pflanzen dadurch, dass sie ihre Energie nicht durch Photosynthese gewinnen, sondern durch das Atmen von Sauerstoff. Aber für Pilze und Parasiten gilt dies auch, und doch rechnet niemand sie zu den Tieren.

Zuweilen spricht man heute auch von Metazoa, womit gemeint ist, dass Tieren, im Unterschied zu Pflanzen, differenzierte Zellstrukturen zu eigen sind. Pflanzen haben gleichartige Zellen, die mittels chemischer Signale untereinander kommunizieren, arbeiten und Gewebe bilden. Kennzeichen des Metazoons ist die Differenziertheit und morphologisch-funktionale Spezialisierung der Zellen sowie Eigenarten der Befruchtung. Allerdings teilen sie diese Eigenarten mit vielen Amöbenarten, nicht aber mit einzelligen Tieren. Bei Bakterien gibt es solche, die Sauerstoff benötigen, und solche, die Photosynthese betreiben.

Am Anfang seines Buches „Schwein und Zeit" nennt Fahim Amir das Schnabeltier ein „wundersames Wesen, das gleichsam quer über zwei biologische Ordnungen liegt – ein Säugetier, das Eier legt". Wie schon Engels beobachtet habe, erfordere der evolutionäre Schritt vom Fisch zum Amphibium das Durchbrechen seines Begriffs, Fische mit Lungen. Engels habe sich wegen dieser späten Einsicht beim Schnabeltier entschuldigt. „Zunehmend mehr historische und naturwissenschaftliche Erkenntnisse sprechen für eine Multiplizierung kategorialer Transgressionswesen."[17]

Mit Karen Barad wäre es hier angebracht, auf die Intra-aktionen[18] zu verweisen, durch die diese Grundbegriffe in die Welt kommen. Mit Bezug auf den Begriff der Kreatur schreibt sie:

> [...] Der Diskurs über ‚Verbrechen gegen die Natur' [erlaubt sich] immer schon die Freiheit zu glauben, daß die Natur selbst eine gute Christin ist [...]. Aber was, wenn die Natur selbst eine Rote ist oder pervers oder queer? [...] Mit Referenz auf die naturwissenschaftliche Literatur über Säugetiere, Vögel, Reptilien, Amphibien, Fische, Insekten und andere Wirbellose schreibt [Bagemihl], ‚homosexuelles Verhalten kommt weltweit bei mehr als 450 verschiedenen Tierarten vor und ist in jeder größeren geographischen Region und jeder großen Tiergruppe nachgewiesen'. Doch auch dieser außergewöhnliche zoologische Katalog queerer Tiere deckt nur einen kleinen Bruchteil des Universums ab [...]. Ich behaupte, dass die Welt in ihrer Üppigkeit weit queerer ist [...]. Ich werde sogar die Möglichkeit der Queerness einer der

---

17 Fahim Amir, *Schwein und Zeit. Tiere, Politik, Revolte*, (Hamburg: Edition Nautilus 2018), 10.
18 Karen Barad, *Agentieller Realismus*, (Berlin: Suhrkamp 2012), 19 f..

> am weitesten verbreiteten Kreaturen in Erwägung ziehen – die von Atomen [...]. Von ‚queeren‘ Kreaturen zu sprechen bedeutet, durch die Schnitte hindurchzuschneiden, die diese Begriffe definieren. So können wir etwa ‚queeren‘ als Verb verstehen, das sich zum Nomen ‚Kreatur‘ verhält. Das Queeren von Kreatur ist wichtig, weil der Begriff ‚Kreatur‘ bereits jene Ausschlüsse umsetzt, die hier gestört werden sollen. Zum einen bedeutet das Wort Kreatur ein belebtes Wesen, wobei die Trennlinie zwischen ‚belebt‘ und ‚unbelebt‘ als gegeben angenommen wird, statt als Effekt bestimmter grenzziehender Praktiken. Andererseits ist ‚Kreatur‘ schon in sich queer, da mit dem Begriff konträre Assoziationen verbunden werden: er wird sowohl in Kontrast bzw. Unterscheidung zum Menschen (in seinem Bezug auf belebte Nichtmenschen) als auch in Beziehung zum Menschen definiert. Somit sind Kreaturen per Definition inhärent destabilisierend und ohne determinierte Identitäten.[19]

Für unseren Zusammenhang folgt aus dieser Einsicht in die „Multiplizierung kategorialer Transgressionswesen“ meines Erachtens Folgendes: Während die Befürworter von Tierrechten ihren Gegnern gerne Speziezismus vorwerfen, basierend auf der Hegemonie gattungstypischer Eigenschaften, sind sie doch selbst nicht davor gefeit, ihrerseits stabile Entitäten innerhalb einer unterstellten überzeitlichen Naturordnung zu unterstellen. Die Verwendung des Tierbegriffs ist aus einer aktivistischen Perspektive verständlich, genau betrachtet jedoch seinerseits Ausdruck von Speziezismus. Der Ausdruck „höhere Tiere“ ist speziezistisch, um das mindeste zu sagen. Soll „Wesen mit Gehirn“, „Tieren überhaupt“ oder „leidensfähigen Wesen“ der Status moralischer und rechtlicher Subjekte zuerkannt werden?

Aus der Tatsache, dass Tiere über Nerven und oft auch über ein Gehirn verfügen, leiten die genannten Theoretiker*innen ab, dass hierin eine Leidensfähigkeit gründe, die Tieren ein Selbst verleihe, aufgrund dessen sie aus dem Status der schützenswerten Sache heraus und in die Kategorie der jedenfalls potentiellen (Rechts-) Subjekte hineinrückten. Aber leidensfähige „Mitgeschöpfe“, wenngleich nicht aufgrund von Nerven, sind Pflanzen durchaus auch, weshalb es denn auch Forderungen nach Pflanzenrechten gibt.[20]

Pflanzen empfinden, wenn auch ohne zentrales Nervensystem, Lust und Unlust, bilden einen Sinn für ihr Selbst aus und passen sich individuell an, kommunizieren individuell mit anderen Pflanzen und mit Tieren (über Duftstoffe und Farben), haben ein artikuliertes Interesse an körperlicher Unversehrtheit, Fortpflanzung und Geselligkeit.

Vertreter*innen beider Positionen – die der Tierrechte und die der Pflanzenrechte – verstehen sich als Sprecher*innen im Interesse der Tiere bzw.

---

19 Karen Barad, *Verschränkungen*, (Berlin: Suhrkamp 2015), 123 f.; 131 f..

20 Vgl. die „Rheinauer Thesen“, u. a. verfasst von Florianne Koechlin. https://www.blauen-institut.ch/s2_blue/tx_blu/tp/tpt/t_rheinau.pdf, zuletzt abgerufen am 16. 6. 2021.

Pflanzen und verweisen darauf, dass auch bei Kindern, Komatösen oder behinderten Menschen derartige Vertretungsverhältnisse im Sinne vertrauensbasierter abhängiger Handlungsfähigkeit eingerichtet würden. Aber warum versuchen wir nicht lieber, anstatt die gehirnbewehrten Tiere zu anthropomorphisieren, sie in ihrer Divergenz und Diversität zu verstehen und ihnen entsprechende Handlungsräume zuzubilligen?

3 Drei Arten von Körpern: Sachen, Tiere, Personen

Halten wir vorläufig fest: Zwischen die in der juristischen Tradition etablierten Begriffe der Person bzw. Rechtsperson und der Sache schiebt sich ein Drittes; hier das Tier, die Natur, der Fluss als Rechtsperson. Der Status als besonders schützenswerte Sache, der analog beispielsweise Kulturgütern zukommt[21], reicht offenkundig nicht aus. Das deutsche Recht findet hier Verlegenheitsformulierungen. So heißt es im BGB § 90: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände“. Dann aber (§ 90a **BGB**): „Tiere sind keine **Sachen**; auf sie sind jedoch die für **Sachen** geltenden Vorschriften anzuwenden, soweit nichts anderes bestimmt ist“. Das Tierschutzgesetz spricht vom „Mitgeschöpf“, definiert aber nicht, wer oder was als Tier gilt. Nur der Unterschied zum Menschen wird betont. Im Gesetz ist von Warmblütern oder Wirbeltieren die Rede.

Jeder Mensch gilt nach kontinentaleuropäischem Recht als natürliche Person und ist damit rechtsfähig. Die Rechtsfähigkeit beginnt mit der Geburt und endet mit dem Tod.[22] Noch nicht geborene Embryonen („nasciturus“) verfügen lediglich über eine teilweise Rechtsfähigkeit (sie können beispielsweise Erben werden). Der Tod wird seit den 1980ern, nicht zuletzt, um die Möglichkeiten der Transplantationsmedizin auszureizen, nicht mehr durch Stillstand von Kreislauf und Atmung bestimmt, sondern als Prozess gesehen, bei dem Hirntod und Herztod primäre und sekundäre Kriterien bilden; allerdings wird auch ein postmortaler Persönlichkeitsschutz anerkannt.

Die Person tritt mit der Geburt auf. Das, was da auftritt, ist keine Sache. Sachen sind rein körperliche Gegenstände. Körperlich ist, in unserer Rechtsprechung, ein Gegenstand, wenn er sinnlich wahrnehmbar, räumlich abgrenzbar und beherrschbar ist. Nichtkörperliche, nicht wahrnehmbare, nicht räumlich ab-

21 Vgl. das deutsche Kulturgutschutzgesetz, KGSG, ab 2016.
22 Vgl. Th. W. Adorno, *Negative Dialektik*, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 1966), 364.

grenzbare und nicht beherrschbare Gegenstände sind beispielsweise Flüsse, Ozeane, das Klima oder die Corona-Pandemie.

Auch der menschliche Körper ist in unserer Rechtstradition keine Sache. Man kann ihn nicht veräußern oder erwerben. Umstritten ist, ob abgetrennte Haare, Organe oder Körperflüssigkeiten Sacheigenschaft besitzen oder ob Körperprodukte, beispielsweise eine extrem seltene Blutgruppe[23], als Eigenschaft, als patentierbare Erfindung oder als besitzbares Arbeitsprodukt gelten können. Ebenso ist es umstritten, ob Implantate und Herzschrittmacher durch das Einsetzen ihre Sachqualität verlieren und zu Teilen des menschlichen Körpers werden. Im Falle einer Zerstörung oder Beschädigung liegt entweder Sachbeschädigung oder Körperverletzung vor.

4 Arbeit und Selbstbesitz

Der Mensch wird Rechtssubjekt dadurch, dass er sein Recht auf Rechte verkörpert. Der Verkörperungs-Akt, durch den das Subjekt in die Welt kommt, ist die Inbesitznahme des eigenen Körpers. Der entscheidende Punkt der Rechtssubjektivierung ist diese Selbstinbesitznahme, aus der alle anderen Besitzverhältnisse und subjektiven Rechte folgen. Die klassische Passage (die später auch auf Hegel etc. und die zeitgenössische liberale Debatte[24] abgefärbt hat) lautet bei John Locke: „Though the earth and all inferior creatures be common to all men, yet every man has a property in his own person. This nobody has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever, then, he removes out of the state that nature hath provided and left it

23 Alan Hyde, „Konstruktionen des Körpers im Recht der Vereinigten Staaten," in: Ludger Schwarte, Christoph Wulf (Hg.), Körper und Recht, (München: Wilhelm Fink 2003), 331 und ders., Bodes of Law, Princeton 1997.

24 Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, (New York: Basic Books 1974), 30 ff. Gerald Cohen, *Self-Ownerhship, Freedom and Equality.* (Cambridge: University Press 1995), 70 ff. Beate Herrmann, „Self-Ownership? Über die Verfügungsrechte am eigenen Körper", in: Ludger Schwarte, Christoph Wulf (Hg.): *Körper und Recht. Anthropologische Dimensionen der Rechtsphilosophie*, (München: Wilhelm Fink, 2003), 277–288. Beate Herrmann, *Der menschliche Körper zwischen Vermarktung und Unverfügbarkeit. Grundlinien einer Ethik der Selbstverfügung*, (Freiburg: Verlag Karl Alber, 2011). Thomas Potthast, Beate Herrmann, Beate, Uta Müller (Hg.): *Wem gehört der menschliche Körper? Ethische, rechtliche und soziale Aspekte der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile*, (Paderborn: mentis, 2010).

in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property.“[25]

Diese Auffassung des Selbstbesitzes als ursprüngliches Rechtsverhältnis, das aus Arbeit rührt und die subjektiven Rechte begründet, ist zu Recht Gegenstand marxistischer und feministischer Rechtskritik geworden.[26] Es ist ein patriarchales, appropriatives Selbst, das sich durch Verfügungsgewalt verkörpert. Prinzipiell werden die körperliche Integrität ebenso wie die subjektiven Rechte, vor allem das Recht auf Eigentum, durch die mit staatlicher Autorität verbundenen Verhaltensanweisungen des Rechtssystems geschützt. Dieses Recht soll soziale Ordnung dadurch herstellen, dass es handlungsleitende Regeln durchsetzt.[27]

5 Protektion des Vorrechtlichen

Im herrschenden Rechtssystem geschieht dies durch Befehle. Die Form des Rechtssystems insgesamt – von den Institutionen über die Gestalt von Gesetzen und der formalen Ausgestaltung dieser Gesetze (im subjektiven und sozialen Recht) bis zu den rechtlichen Prozessen und Akteuren – ist aus dem feudalistischen Staatswesen weitgehend übernommen worden und nie demokratisiert worden.

Michel Foucault zufolge sind dafür im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit zwei Prozesse kennzeichnend. Nämlich erstens wird es für die Hohen Herren lukrativ, Gericht zu halten und zweitens sorgt der jetzt permanente gerichtliche Staatsapparat nicht nur für Ausgleich und Gerechtigkeit bei privaten Konflikten, sondern, in Verbindung mit militärischer Macht, für die Durchsetzung der „öf-

---

25 John Locke, „The Second Treatise of Government“, in: ders., *Political Writings*, hg. V. David Wooton, (London: Hackett Publishing 1993), 274.

26 Jo Bridgeman and Susan Millns, *Law and Body Politics: Regulating the Female Body*, (Aldershot: Dartmouth 1995). Ngaire Naffine, Rosemary J Owens (Hg.), *Sexing the Subject of Law*, (London: North Ryde 1997). Ngaire Naffine, „The Legal Structure of Self-Ownership: Or the Self-Possessed Man and the Woman Possessed“, in: Journal of Law and Society Vol. 25, No. 2, (Juni 1998), 193 – 212. Ngaire Naffine, Margaret Davies, *Are Persons Property? Legal Debates about Property and Personality*, (Aldershot: Ashgate 2001). Janice Richardson, Ralph Sandland (Hg.), *Feminist Perspectives on Law and Theory*, (London, Sidney: Cavendish 2000). Zur marxistischen Kritik siehe u.A. Eugen Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus: Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe*, (Wien, Berlin: Verlag für Literatur und Politik 1929), und neuerdings: Matthias Peitsch, *Prämissen der Rechtstheorie: Der Homo Juridicus und seine Kritik im historischen Materialismus*, (Wien: Turia und Kant 2020).

27 Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, (New Haven: Yale 1969), 39.

fentlichen Ordnung.“[28] Die wesentliche Neuerung gegenüber dem Feudalrecht ist die moderne Verfassungsgerichtsbarkeit, die den „Geist des Rechts“ über die demokratische Legislative stellt. Und dieser Geist des Rechts schützt, was dem politischen Aushandlungsprozess entzogen bleiben soll.

Der Rekurs auf solche Hintergrundnormen darf Verfassungsgerichten nicht die Tür für politisch inspirierte ‚Rechtsschöpfungen‘ geöffnet werden, unterstrich schon Jürgen Habermas in „Faktizität und Geltung“: „Das Verfassungsgericht verwandelt sich dadurch, daß es sich von der Idee der Verwirklichung verfassungsrechtlich vorgegebener materialer Werte leiten läßt, in eine autoritäre Instanz.“[29]

Christoph Menke sieht im Bürgerlichen Recht daher einen Akt der Ermächtigung vorpolitischer Eigentumsansprüche[30]:

> Das bürgerliche Recht ist die Travestie der Gerechtigkeit [...]. Das bürgerliche Recht übt die Ungerechtigkeit seiner identifizierenden Spaltung dadurch aus, daß es subjektive Rechte erklärt. Subjektive Rechte ermächtigen [...]. Diese Ermächtigung geschieht in der Form von Gesetzen. Gesetze, die subjektive Rechte erklären, tun dabei zweierlei: Sie stellen fest, dass diese Ansprüche – als vorrechtliche oder natürliche – vorliegen, und sie begrenzen sie gegeneinander nach einer Regel der Gleichheit [...]. Das Gesetz ist die Form (der Allgemeinheit) des privaten Anspruchs, der private Anspruch ist der (natürliche, gegebene) Inhalt des Gesetzes [...]: Das Gesetz ist in seinem Inhalt vorsozial und in seinem Status außer- oder übersozial. Daher löst das bürgerliche Recht durch seine Gesetze die politische Selbstregierung auf. Denn die Akte der politischen Selbstregierung gibt es nur in der sozialen Praxis.[31]

---

28 Michel Foucault, „Über die Volksjustiz“, Dits et Ecrits/Schriften Bd. II, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 2002), 428 f., 432.

29 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 1992), 315.

30 Daniel Loick kommentiert: „Das sinnliche Wollen eines Subjekts hat hier den Status eines affektiven Antriebs, der niemals ganz in sozialer Partizipation aufgehen kann. Gegenrechtliches Urteilen besteht für Menke nun darin, das sinnliche Wollen des Subjekts weder als vorsoziale Tatsache vorauszusetzen (wie es das bürgerliche Recht tut) noch als irrelevant zu exkludieren oder zu subordinieren (die Gefahr des Kommunismus ohne Rechte), sondern in die urteilsförmige Vermittlung einzubeziehen, es dabei aber zu verändern. Die ‚Affirmation wertbildender Leidenschaften‘ [...] ‚wird zum Moment anstatt des Grundes‘ [...]. Grundzug der Gegenrechte ist also die Einbeziehung des Wollens in die Vermittlung [...]. Die Verwandlung der affektiven Gewissheit von einem Grund in ein Moment soll sich dabei durch das ‚Nachdenken‘ der Rechtsgemeinschaftsmitglieder vollzeihen [.....]. Dafür ist es nötig, dass sie sich auf einen ergebnisoffenen und darum immer unsicheren diskursiven Austausch einlassen.“ Daniel Loick, *Juridismus, Konturen einer kritischen Theorie des Rechts* (Frankfurt/M.: Suhrkamp, 2017), 308 – 310.

31 Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 2015), 398 f.

Die Protektion des Vorrechtlichen verhindert die Selbstbestimmung im Recht. Menke fordert deshalb einen „Bruch in – nicht mit – der Gesetzesform“[32]; und zugleich eine Verwirklichung der Gerechtigkeit.[33] Dies soll vor allem durch eine „Revolution im Urteilen“ (Vgl. Kulturgutschutzgesetz (KGSG, 2016 hergestellt werden: wenn Urteilen auch weiterhin eine Freiheit von Lust und Schmerz durch die Verwendung von Begriffen bedeutet, geschieht diese Revolution durch ein „anderes Urteilen (...): Urteilen als das Wirken des Anderen des Urteilens“, nämlich des Empfindens, „ein Urteilen, das vom Empfinden ausgeht und beständig auf es zurückbezogen bleibt. Denn das Sinnliche ist nicht bloß das Material, auf das Begriffe angewandt werden, sondern das Medium einer vorbegrifflichen Evidenz [...]. Das neue Urteilen [... ist daher wesentlich [...] der Prozeß der nachdenkenden Umwandlung sinnlicher, affektiver Evidenz.“[34]

6 Analogie oder Divergenz

Die sinnliche, affektive Evidenz, die auf einem bisher unbegriffenen Empfinden eine Bresche öffnet, um ihm Geltung und Gerechtigkeit zu sichern, kann nur gelingen, wenn der Bruch in der Gesetzesform, den Menke fordert, flankiert wird von einer anderen Körperbezogenheit des Rechtssystems.

Die entscheidende Frage in diesem Zusammenhang ist also nicht, wie man die Interessen von Rechtssubjekten hinter einem Schleier des Nichtwissens zum Ausgleich bringt, sondern wie diejenigen, deren Schreie bisher nur als Lärm und nicht als Stimme zählten, auf Gerechtigkeit hoffen können (auch ohne Schlips und Kragen, gewissermaßen).

Damit sich Hoffnungen auf Schutz, Ansprüche auf Anerkennung oder ein neuer Sinn für Gerechtigkeit artikulieren können, und zwar gerade von solchen Akteuren, die bislang nicht zu den souveränen Rechtssubjekten zählen, genauer: deren Körper bislang als Sachen zählten, ist eine deliberative oder diskursethische Theorie des Rechts deshalb letztlich nicht hinreichend. Vielmehr müssen wir die beteiligten architektonischen, ästhetischen und epistemischen Prozesse rechtstheoretisch einholen.

Das diskursive Ringen um Beschreibungen, Gründe und Artikulationsformen im Hinblick auf ein rational akzeptables Recht wäre entsprechend um eine neue sinnliche Grundierung der Auseinandersetzungs- und Anerkennungsprozesse zu

32 Menke, *Kritik der Rechte*, 401.

33 „Derjenige Zustand einer sozialen Praxis ist gerecht, in dem alle die Macht der Teilnahme haben und jeder das Gegenrecht des Ohnmächtigen hat“ Menke, *Kritik der Rechte*, 396.

34 Menke, Kritik der Rechte, 377.

ergänzen, an denen alle „selbstzweckhaften Wesen" sich auf ihre Weise beteiligen und artikulieren können und in denen das Singuläre, das Nicht-Identische, das Inkommensurable eine Chance hat, als solches zur Geltung zu kommen.

Diese divergente (oder „queere") Rechts-Somatik kann ihren Ausgangspunkt bei Theodor W. Adorno nehmen. Dessen Fragmente zum Leiden der Tiere im Zusammenhang mit der Industrialisierung der Entmenschung in der „Dialektik der Aufklärung" sind für die Selbstkritik der anthropozentrischen Aufklärung zentral gewesen. In der „Negativen Dialektik" warnt Adorno dann vor einer bloß punktuell modifizierten „Konsequenzlogik" und vor einer gut gemeinten Umordnung politischer Identitäten:

> Es soll nicht gefoltert werden; es sollen keine Konzentrationslager sein, während all das in Afrika und Asien fortwährt und nur verdrängt wird, weil die zivilisatorische Humanität wie stets inhuman ist gegen die von ihr schamlos als unzivilisiert Gebrandmarkten [...]. Wahr sind die Sätze als Impuls [...]. Als abstraktes Prinzip gerieten sie sogleich in die schlechte Unendlichkeit ihrer Ableitung und Gültigkeit. Kritik an der Moral gilt der Übertragung von Konsequenzlogik aufs Verhalten von Menschen; die stringente Konsequenzlogik wird dort Organ von Unfreiheit. Der Impuls, die nackte physische Angst und das Gefühl der Solidarität mit den [...] quälbaren Körpern, der dem moralischen Verhalten immanent ist, würde durchs Bestreben rücksichtsloser Rationalisierung verleugnet; das Dringlichste würde abermals kontemplativ [...].[35]

Um dem somatischen Impuls der Freiheit gerecht zu werden, lautet deshalb Adornos negativer Imperativ:

> Frei sind die Subjekte, nach Kantischem Modell, soweit, wie sie ihrer selbst bewußt, mit sich identisch sind; und in solcher Identität auch wieder unfrei, soweit sie deren Zwang unterstehen und ihn perpetuieren. Unfrei sind sie als nichtidentische, als diffuse Natur, und doch als solche frei, weil sie in den Regungen, die sie überwältigen [...] auch des Zwangscharakters der Identität ledig werden [...]. Dem Einzelnen indessen bleibt an Moralischem nicht mehr übrig, als wofür die Kantische Moraltheorie, welche den Tieren Neigung, keine Achtung konzediert, nur Verachtung hat: versuchen, so zu leben, daß man glauben darf, ein gutes Tier gewesen zu sein.[36]

Wir müssen den Zwang, in Analogie zum Normkörper aufzutreten, negieren. Ein Rechtsystem, das nur dem selbstbesessenen und besitzergreifenden Körper angemessen ist, ist illegitim. Die Emanzipationsbewegungen der letzten Jahrzehnte waren Kämpfe gegen die Diskriminierung von Körpern, auch im Rechtssystem; es waren proletarische, antirassistische, feministische, anti-psychiatrische, homo-

35 Theodor W. Adorno, *Negative Dialektik*, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 1966), 281.
36 Theodor W. Adorno, *Negative Dialektik*, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 1966), 294.

sexuelle, trans-, bi- und queere Körper, schwangere, behinderte, komatöse, todkranke Körper, tierische, pflanzliche Körper und vor allem: Körper, die in keine Sektion, in keine Kategorie passen.

Nicht nur, wer in welchem übertragenen Sinne auch immer ist wie wir, soll ein Recht auf Rechte besitzen. Nicht nur verkörperte Analogien zum Normkörper. Sondern alle, in ihrer Divergenz. Anstatt nun die Konsequenzlogik durch Analogieschlüsse auf neue, soziologisch verwaltbare Identitäten auszuweiten, gälte es, mit Adorno, Platz zu machen und Membrane zu entwickeln für das Nichtidentische, für andere Körper, für Anderes als Körper, das Divergente, das Neue, das Diffuse, das, was erst wird… „versuchen, so zu leben, daß man glauben darf, eine gute Pflanze, ein guter Fluß, ein gutes Mikroklima gewesen zu sein.“

Literatur

Th. W. Adorno, Negative Dialektik, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 1966).

Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt/M. 1994.

Fahim Amir, Schwein und Zeit. Tiere, Politik, Revolte, (Hamburg: Edition Nautilus 2018).

Karen Barad, Verschränkungen, (Berlin: Suhrkamp 2015).

Karen Barad, Agentieller Realismus, (Berlin: Suhrkamp 2012).

Jo Bridgeman and Susan Millns, Law and Body Politics: Regulating the Female Body, (Aldershot: Dartmouth 1995).

Peter Carstens, „Maori-Fluss erhält Rechte als Person, Ein einzigartiges Gesetz sichert in Neuseeland einem Wasserlauf Rechte zu – Rechtsbeistand inklusive“, in: GEO, 16. 03. 2017, https://www.geo.de/natur/nachhaltigkeit/15997-rtkl-neuseeland-maori-fluss-erhaelt-rechte-als-person.

Gerald Cohen, Self-Ownerhship, Freedom and Equality. (Cambridge: University Press 1995).

Sue Donaldson, Will Kymlicka, Zoopolis. Eine politische Theorie der Tierrechte, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 2013).

Michel Foucault, „Über die Volksjustiz“, Dits et Ecrits/Schriften Bd. II, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 2002).

Lon L. Fuller, The Morality of Law, (New Haven: Yale 1969).

Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 1992).

John Hadley, Animal Property Rights, A Theory of Habitat Rights for Wild Animals, (Lanham/London: Lexington Books 2015).

Beate Herrmann, „Self-Ownership? Über die Verfügungsrechte am eigenen Körper“, in: Ludger Schwarte, Christoph Wulf (Hg.): Körper und Recht. Anthropologische Dimensionen der Rechtsphilosophie, (München: Wilhelm Fink, 2003), 277 – 288.

Beate Herrmann, Der menschliche Körper zwischen Vermarktung und Unverfügbarkeit. Grundlinien einer Ethik der Selbstverfügung, (Freiburg: Verlag Karl Alber, 2011).

Alan Hyde, „Konstruktionen des Körpers im Recht der Vereinigten Staaten,“ in: Ludger Schwarte, Christoph Wulf (Hg.), Körper und Recht, (München: Wilhelm Fink 2003).

Alan Hyde, Bodes of Law, Princeton 1997.

Florianne Koechlin u. a., „Rheinauer Thesen“, https://www.blauen-institut.ch/s2_blue/tx_blu/tp/tpt/t_rheinau.pdf, zuletzt abgerufen am 16. 6. 2021.
Christine M. Korsgaard, Tiere wie wir: Warum wir moralische Pflichten gegenüber Tieren haben. Eine Ethik, (München: C.H. Beck 2021). Orig. Christine M. Korsgaard, Fellow Creatures: Our Obligations to the other Animals, (Oxford: Oxford University Press, 2018).
Bernd Ladwig, Politische Philosophie der Tierrechte, (Berlin 2020).
John Locke, „The Second Treatise of Government“, in: ders., Political Writings, hg. V. David Wooton, (London: Hackett Publishing 1993).
Daniel Loick, Juridismus, Konturen einer kritischen Theorie des Rechts (Frankfurt/M.: Suhrkamp, 2017).
Christoph Menke, Kritik der Rechte, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 2015).
Ngaire Naffine, Margaret Davies, Are Persons Property? Legal Debates about Property and Personality, (Aldershot: Ashgate 2001).
Ngaire Naffine, Rosemary J Owens (Hg.), Sexing the Subject of Law, (London: North Ryde 1997). Ngaire Naffine, „The Legal Structure of Self-Ownership: Or the Self-Possessed Man and the Woman Possessed“, in: Journal of Law and Society Vol. 25, No. 2, (Juni 1998), 193 – 212.
Robert Nozick, Anarchy, State, and Utopia, (New York: Basic Books 1974).
Eugen Paschukanis, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus: Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe, (Wien, Berlin: Verlag für Literatur und Politik 1929).
Matthias Peitsch, Prämissen der Rechtstheorie: Der Homo Juridicus und seine Kritik im historischen Materialismus, (Wien: Turia und Kant 2020).
Thomas Potthast, Beate Herrmann, Beate, Uta Müller (Hg.): Wem gehört der menschliche Körper? Ethische, rechtliche und soziale Aspekte der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile, (Paderborn: mentis, 2010).
Janice Richardson, Ralph Sandland (Hg.), Feminist Perspectives on Law and Theory, (London, Sidney: Cavendish 2000).
Martin Seel, Versuch über die Form des Glücks. Studien zur Ethik, (Frankfurt/M.: Suhrkamp 1999).
Lynn White, „The Historical Roots of Our Ecological Crisis“. Science, Vol. 155, Nr. 3767, 1967, 1203 – 1207.

Peter A. Windel, Bochum

Der Körper als Erscheinung der Rechtsperson

Das Wagnis, die natürliche Person (2.) in ihrer Körperlichkeit (3.) normativ adäquat zu erfassen (4.), kann nur vor dem Hintergrund hinreichend ausdifferenzierter Referenzrechtsordnungen (1.) gelingen. Die Schwierigkeiten beginnen also schon im Vorfeld der eigentlichen Arbeit.

1 Die Referenzrechtsordnungen

Das Angebot an rechtlichen Regelungen, die sich auf den Körper des Menschen beziehen, erscheint auf den ersten Blick überwältigend. Bei näherem Zusehen bleibt indessen nicht besonders viel übrig, wenn man sich auf diejenigen Normkomplexe beschränkt, die für uns in Deutschland in der einen oder anderen Weise Geltung beanspruchen. So erscheint die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen*[1] zu „soft", das heißt als nicht einmal völkerrechtlich bindenden Rechts. Immerhin völkervertragsrechtlich verbindlich ist die *Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK[2]). Aber schon deren innerstaatliche Bedeutung, mehr noch ihr Verhältnis zur *Grundrechtecharta der Union* (EU-GRCh[3]) sind derart intrikat,[4] dass wir uns unweigerlich in einem super- und supranationalen Netz verfangen würden, ohne zum Sachthema zu kommen.

Unverzichtbar hingegen ist für uns unser Grundgesetz (GG[5]). Allerdings ist es recht dünn, seine Aussagen für unser Thema sind dementsprechend knapp. So

---

1 Universal Declaration of Human Rights, UN Doc. GA/RES 217 A (III), verkündet am 10. Dezember 1948 in Paris.

2 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe Treaty Series 005, unterzeichnet am 4. November 1950 in Rom, von Deutschland ratifiziert am 5. Dezember 1952 (BGBl. II S. 685, 953) und in Kraft getreten am 3. September 1953.

3 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EU 2000 Nr. C 364 S. 1, proklamiert am 7. Dezember 2000 in Nizza, angepasst am 12 Dezember 2007 (ABl. EU 2007 Nr. C 393 S.1), in Kraft getreten am 1. Dezember 2009.

4 Peter A. Windel, „Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für das Privatrecht", *JR* 2011: 323 – 327.

5 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, in Kraft getreten am 24. Mai 1949. Diejenigen unserer Landesverfassungen, die einen eigenen Grundrechtskatalog aufweisen, lasse ich außer Betracht.

 https://doi.org/10.1515/9783110784985-007

heißt es in Art. 2 Abs. 2 GG lapidar: „Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden."[6] Diese Gewährleistungen sind notwendige Bausteine unserer folgenden Analysen. Sie sind aber jedenfalls dann, wenn wir aus dem Gesetz etwas *heraus*lesen und nichts in das Gesetz *hinein*lesen wollen, nicht hinreichend. Auch das viel dickere Bürgerliche Gesetzbuch (BGB[7]) hilft nicht entscheidend weiter, weil seine wenigen Aussagen fast ausnahmslos noch auf das 19. Jahrhundert zurückgehen. Immerhin erwähnt § 823 Abs. 1 BGB neben Leben, Körper und Freiheit auch die Gesundheit.[8] Außerdem wurde bei der Schuldrechtsmodernisierung der Jahre 2001/2002 die sexuelle Selbstbestimmung in § 253 Abs. 2 BGB einbezogen, der die Grundlage für die Gewährung sogenannten Schmerzensgeldes darstellt.

Natürlich lässt sich der deutsche Gesetzgeber nicht nachsagen, er bleibe bei der Regelung körperbezogener Rechtsfragen untätig. Vielmehr finden sich äußerst zahlreiche Gesetze und Verordnungen sowohl auf Bundes- wie auf Landesebene, die mit unserem Thema zu tun haben. Wir sind bei unseren Vorarbeiten schnell auf 21 Regelwerke gestoßen, ohne den Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu können. Das Gesamtbild der Rechtslage wird dadurch aber derart unübersichtlich, dass man unserem Gesetzgeber unter der Prämisse kaum das beste Zeugnis ausstellen kann, dass Recht vielleicht auch die Funktion hat, die Lebenswirklichkeit einigermaßen fasslich abzubilden.

Gerade Letzteres hatte sich der chinesische Gesetzgeber zum Ziel gesetzt, als er auf der dritten Session des 13. Nationalen Volkskongresses am 28. Mai 2020 das Min Fa Dian (Zivilgesetzbuch [chZGB]) verabschiedet hat, das zum 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist.[9] Das Min Fa Dian ist in sieben Bücher gegliedert, wobei das vierte Buch ausschließlich den Persönlichkeitsrechten gewidmet ist.[10] In einem

---

6 Die Ergänzung durch Art. 104 GG betrifft justizielle Rechte bei Freiheitsentziehungen.

7 Bürgerliches Gesetzbuch vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909, 2003 I S. 738). Ursprüngliche Fassung vom 18. August 1896 (RGBl. S. 195), in Kraft getreten am 1. Januar 1900.

8 § 823 BGB Schadensersatzpflicht (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

9 Wang Liming, „The Modernization of Chinese Civil Law over Four Decades," 14 *Frontiers L. China* (2019): 39 – 72; Wang Qiang, „Vom deutschen BGB bis zu Chinas neuem Zivilgesetzbuch – Eine Rezeptionsgeschichte des BGB in China," *ZNR* 42 Heft 1/2 (2020): 77 – 114; Harro von Senger, „Vom Code Civil Napoleons zum Zivilgesetzbuch Xi Jinpings," *ZChinR* (2020): 142 – 152; Rémy Cabrillac, „Le Code civil chinois," *Recueil Dalloz* No. 24 (2020): 1375 – 1379.

10 Simon Werthwein, „Das Persönlichkeitsrecht im künftigen chinesischen Zivilgesetzbuch," in *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation*, ed. Yuanshi Bu (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 73 – 83; Yuhui Zhang, „Anmerkungen zum Entwurf des Persönlichkeitsrechtsbuchs,"

eigenen, dem zweiten, Kapitel werden dort die Rechte auf Leben, am eigenen Körper und auf Gesundheit in zehn Paragraphen behandelt.[11] Diesen überschaubaren Regelungskomplex möchte ich im Folgenden ergänzend heranziehen, was sich deshalb anbietet, weil das Min Fa Dian zum einen systematisch sehr stark an das deutsche Recht angelehnt ist, zum anderen aber thematisch Vieles aufgreift, was rechtsvergleichend gegenwärtig zum Verhältnis von Körper und Recht diskutiert wird. Ob man dem neuen chinesischen Zivilgesetzbuch gleich zu seinem Inkrafttreten ein Denkmal setzen musste, wie es im eigens dafür angelegten Zivilrechtspark in Shenzhen geschehen ist, lasse ich freilich offen. Manche rechtstechnischen Mängel sind jedenfalls unübersehbar. Störend finde ich das nicht, ganz im Gegenteil. Denn die Auslegung des Min Fa Dian lässt ähnlich viel Spielraum für eigene Problemlösungsversuche wie der Kauf eines chinesischen Gartengrills mit maschinell übersetzter Gebrauchsanweisung.

2 Der Mensch als Rechtsperson

2.1 Formaler Personalismus

Das BGB und das chZGB erfassen den Menschen übereinstimmend als natürliche Personen. Zur Abgrenzung von den vor- und außerrechtlichen Implikationen des Begriffs der Person spreche ich von der *Rechts*person.[12] Die §§ 13 und 14 chZGB sind zwar etwas umständlicher formuliert als der elegante § 1 BGB, der schlicht besagt: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt." Das liegt aber wohl nur daran, dass das chinesische Recht die bei uns herrschende Auslegung des § 1 BGB in den Gesetzestext integriert hat, nämlich dass unter (Zivil-[13])Rechtsfähigkeit die für alle Menschen ausnahmslos gleiche

in *Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation*, ed. Yuanshi Bu (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 85–105; Wang Liming und Xiong Bingwan, „Personality Rights in China's New Civil Code: A Response to Increasing Awareness of Rights in an Era of Evolving Technology," *Modern China*, 23.12.2020 https://journals.sagepub.com/eprint/NMWKW6M3KIEIAYDWWJBM/full.

11 Der Text ist als Anhang mitgeteilt. Eine vollständige Übersetzung findet sich in *ZChinR* 27 (2020): 207–417.

12 Peter A. Windel, „Ist der Mensch eine juristische Person?," in *Festschrift für Jan Schapp*, ed. Patrick Gödicke/Horst Hammen/Wolfgang Schur/Wolf-Dietrich Walker (Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag, 2010), 537–553.

13 Die Rechtsfähigkeit in anderen Rechtsgebieten bestimmt sich bei uns oft, aber keineswegs zwingend in Anlehnung an die zivilrechtliche Regelung.

Kapazität zu verstehen ist, Träger aller möglichen (zivilen) Rechte und (zivilen) Pflichten zu sein (Vollrechtsfähigkeit).

Personalismus im Sinne des BGB und des chZGB ist in einem doppelten Sinne rein formal, nämlich *erstens* insoweit, als die Person ausschließlich als Subjekt im Sinne eines Zuordnungsendpunkts erscheint, und *zweitens* als die gedachten Rechte und Pflichten weder konkret zu bestehen brauchen noch inhaltlich irgendwie vorgeprägt („materialisiert“) sind. Das bezeichne ich als formalen (Rechts-)Personalismus. Durch einen harten Kontrast, (etwa) zum Zivilgesetzbuch der DDR von 1975 (ZGB DDR 1975[14]), dürfte das Gemeinte klarer hervortreten. Denn danach war „die Entwicklung der Bürger zu allseitig gebildeten sozialistischen Persönlichkeiten“ eine der wesentlichen Aufgaben der sozialistischen Gesellschaft, der auch das Zivilrecht der Deutschen Demokratischen Republik diente (§ 1 Abs. 1 ZGB DDR 1975). Dies beeinflusste natürlich auch den Schutz von Leben, Gesundheit und Persönlichkeit der Bürger gem. § 4 ZGB DDR 1975.

2.2 Die Rechtsfähigkeit

Lassen Sie mich den Gedankengang wieder aufgreifen, dass die Rechtsfähigkeit als Kapazität der Person von § 13 chZGB in Übereinstimmung mit unserer herrschenden Meinung als Trägerschaft von Rechten und Pflichten umschrieben wird. Mir hat schon im ersten Semester nicht recht eingeleuchtet, dass *Recht*sfähigkeit *Pflichten* zuweisen soll. Außerdem zeigt ein Blick auf die Binnenstruktur des Privatrechts schnell, dass sich der Kreis der Rechtspositionen, die es zuzuordnen gilt, keineswegs in vollwertigen (subjektiven) Rechten und Pflichten erschöpft. Vielmehr finden sich[15] als positive Rechtspositionen „Rechte, Rechtsgüter und Interessen“ (§ 241 Abs. 2 BGB) innerhalb des eigenen Rechtskreises und Kompetenzen mit Bezug auf fremde Rechtskreise sowie als negative Rechtspositionen Pflichten, Obliegenheiten und Lasten. Später wurde mir bewusst,[16] hier auf den fundamentalen Streit gestoßen zu sein, ob das einzelne subjektive Recht oder ob das Rechtsverhältnis als rechtlich geregelter sektoraler Lebensausschnitt in der rechtsdogmatischen Konstruktion prävaliert. Für unsere Zwecke wäre es sicher unklug entscheiden zu wollen, ob vollwertige Rechte weitere Rechtspositionen

14 Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19. Juni 1975, faktisch aufgehoben durch den Einigungsvertrag vom 31. August 1990 (BGBl. II S. 889) mit Wirkung vom 2. Oktober 1990.

15 Neben weiteren „Rechtslagen“.

16 Peter A. Windel, „Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts“, *STAAT* 37 (1998): 385, 394 – 398.

und Rechtslagen anziehen wie Sonnen ihre Planeten (Prävalenz des subjektiven Rechts) oder ob die einzelnen subjektiven Rechte umgekehrt aufgrund ihrer besonderen Qualität aus einem an sich schon bestehenden Rechtsverhältnis herausragen wie die Gipfel aus dem Gebirge. Deshalb bitte ich um Erlaubnis, von Rechtsfähigkeit nicht nur als Trägerschaft von Rechten und Pflichten handeln zu dürfen, sondern auch als Kapazität, in Rechtsverhältnissen stehen zu können. Es bedarf nicht der Bemerkung, dass mir das richtiger erscheint.

2.3 Das Rechtsverhältnis

Freilich: auch der Begriff des Rechtsverhältnisses ist mehrdeutig. In einem allgemeineren Sinne beschreibt es das Verhältnis der wechselseitigen Anerkennung, das den ethischen Personalismus im Kern ausmacht. Bei *Fichte* bildet das so verstandene Rechtsverhältnis die Grundlage seines Naturrechts,[17] womit es spiegelbildlich vielleicht auch zur Legitimation[18] einer nach dem formalen Rechtspersonalismus strukturierten Rechts- und Staatsordnung herangezogen werden könnte.

Ich möchte aber zunächst beim bereits angesprochenen engeren Verständnis vom Rechtsverhältnis als einer sektoralen Lebensordnung bleiben. In diesem Sinne sprechen wir von einem rechtlich geregelten Verhältnis, das zwischen Subjekten entweder unmittelbar oder in Hinblick auf Objekte besteht. Im Privatrecht schlagen sich diese Regelungen in den uns schon bekannten Rechtspositionen und Rechtslagen nieder, die den Beteiligten zugewiesen werden. Diesen werden wir jetzt rücksichtlich des Körpers nachspüren.

3 Körperlichkeit und Recht

3.1 Zugangsschwierigkeiten

Trotz unserer Vorüberlegungen bleibt der präzise Zugriff auf das Kernthema schwierig. Denn die Rechtsordnung nimmt den *Körper* zunächst nicht *als* solchen,

---

17 Dazu Michael Kahlo/Ernst A. Wolff/Rainer Zaczyk, ed., *Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1992).

18 Überkomplex und damit ohne Frucht scheint es dagegen, den Staat selbst als Rechtsverhältnis beschreiben zu wollen, Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (Berlin: Verlag von O. Häring, 3. Auflage 1914), 167–169.

sondern nur als *Erscheinung der Person* in den Blick. Zwar liegt im Verhältnis von Körper und Recht ein immer wiederkehrendes juristisches Thema; die Beschäftigung damit wurde indes von Vergessen oder – schärfer – Verlust geprägt. Darauf zu zwei Exempeln:

Im Tagungsband *Körper und Recht* beschreibt *Wolfgang Schild* als Strafrechtshistoriker[19] eindrücklich die Schwierigkeiten für uns Heutige, einen Zugang zu mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Quellen zu finden, eben weil „Leiblichkeit", wie sie damals empfunden worden sein mag, in unserer Zeit weder „sinnlich erfahrbar" noch „nachzuleben" sei.[20] Und *Karl Gareis* leitet 1900 einen Festschriftenbeitrag über *Das Recht am menschlichen Körper* mit einem Auszug aus dem Spottgedicht *Die Philosophen* ein:

> Rechtsfrage.
> Jahre lang schon bedien' ich mich meiner Nase zum Riechen:
> Hab' ich denn wirklich an sie ein erweisliches Recht?
> Pufendorf.
> Ein bedenklicher Fall: Doch die erste Possession scheint
> Für dich zu sprechen, und so brauche sie immerhin fort.
>
> Was unser Schiller mit den hier vorangestellten Versen meinte, welche Philosophen und Juristen er mit der ironischen Frage und Antwort treffen wollte, weiß man.[21]

Ich gestehe, dass mir der bildungsbürgerliche Hintergrund eines *Karl Gareis* ebenso fehlt wie die Empathie eines *Wolfgang Schild*, der sich offenbar wenigstens ansatzweise in die Welt des alten Rechts zurückfühlen kann.

Die Diskontinuität wird noch deutlicher, wenn man die Dogmengeschichte der elementaren Rechtsgarantien des *Habeas Corpus* verfolgt, wie wir sie gemeinhin in Art. 2 Abs. 2 GG verankert sehen. Denn weder in der Habeas Corpus Akte von König Karl II. (1679)[22] noch im ihr zugrunde liegenden Art. 39 der *Magna Carta Libertatum* des Königs Johann Ohneland (1215) ist von „Rechten" die Rede.

---

19 Eine vergleichbare Entwicklung hat sich im Vollstreckungsrecht durch den Übergang von der Personal- zur Vermögenshaftung vollzogen, dazu Fritz Baur/Rolf Stürner/Rudolf Bruns, *Zwangsvollstreckungsrecht* (Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 13. Auflage 2006), Rn. 3.2, 3.9, 3.26.
20 Wolfgang Schild, „Recht und Körperlichkeit," in *Körper und Recht*, ed. Ludger Schwarte/Christoph Wulf (München: Wilhelm Fink Verlag, 2003), 129, 140.
21 Karl Gareis, „Das Recht am menschlichen Körper," in *Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg für Johann Theodor Schirmer* (Königsberg i. Pr.: Hartungsche Verlagsdruckerei, 1900), 59, 61.
22 Im „Habeus (sic!) Corpus Act (1640/1641)" sind „Rights and Privileges" und „Mens Rights and Estates" zwar je ein Mal erwähnt, aber nicht als Garantien Karls des I., sondern im Rahmen einer Bestandsaufnahme früherer königlicher Kapitulationen (vor II.).

Auch *Günter Dürig* kommt in seiner schönen Erläuterung von 1958 einleitend ohne den Rechtsbegriff aus:

> Im Wertsystem der Grundrechte stellen die in Art. 2 II genannten Werte „Leben“, „körperliche Unversehrtheit“ und „Freiheit der Person“ (worunter die Bewegungsfreiheit im räumlich-körperlichen Sinne zu verstehen ist) Teilwerte im Verhältnis zum allgemeinen Wert der menschlichen Freiheit (Art. 2 I) dar. Abs. II schützt die biologisch-natürlichen Wertvoraussetzungen für die im Grundrechtskatalog genannten geistigen, ideellen, kulturellen und (nicht zuletzt) wirtschaftlichen Wertverwirklichungsmöglichkeiten des Grundrechtsträgers. Anknüpfungspunkt des Art. 2 II ist der menschliche Körper. Es geht um jene drei naturalen Werte der Körperlichkeit: das körperliche „Dasein“ („Leben“ i.S. von Art. 2 II S. 1); das körperliche „Sobeschaffensein“ („körperliche Unversehrtheit“ i.S. von Art. 2 II S. 1); das körperlich-räumliche „Bewegungsfreisein“ („Freiheit der Person“ i.S. von Art. 2 II S. 2).[23]

Diese feine Zurückhaltung wird von *Dürig* allerdings mit einer Ersetzung der klassischen juristischen Rechtsfindungsmethode durch eine der Wertphilosophie entlehnte Abwägungslehre erkauft.[24] Gleichsam am anderen Ende der Skala steht in der zivilistischen Dogmatik eine Inflation von Begriffen, um das Verhältnis von Person und Körper zu erfassen. Der schon erwähnte *Karl Gareis* bringt es gleich auf fünf, wobei er das *Definiendum* – Persönlichkeitsrecht – zudem noch in das *Definiens* packt:

> *Die Kategorie der Persönlichkeitsrechte* ist [...] als Kategorie allerdings ein Produkt der Rechtswissenschaft, aber sie ist doch kein willkürlich Erfundenes, das der gesetzlichen Grundlage entbehrte! Wie immer und überall, so schafft auch hier die Wissenschaft ihre Sätze und „Gesetze“ nicht willkürlich, sondern nur auf der Grundlage des ihr gegebenen Stoffes, hier also auf der Grundlage der gesetzlichen (oder gewohnheitsrechtlichen) Vorschriften; und nur soweit diese Vorschriften diejenigen *Lebensgüter* (*Beziehungen, Interessen*), die wir als den *Gegenstand von Persönlichkeitsrechten* bezeichnen, als Rechtsgüter anerkennen, reicht die *Kategorie der Persönlichkeitsrechte.*[25]

Auf beiden Wegen kommen wir ersichtlich nicht weiter; vielmehr müssen wir die thematischen Einzelfragen mit der jeweils passenden rechtsdogmatischen Be-

---

23 Theodor Maunz/Günter Dürig, *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck Verlag, Erstbearbeitung 1958), Art. 2 Abs. II Rn. 1.

24 Darüber Peter A. Windel, „Über Privatrecht“ (s. Fn. 16), 388 – 389; ders., *OMG – Germal Legal Dogmatics*, Bd. 8 der Reihe Bochumer Juristische Studien zum Zivilrecht (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020), 11, 21 – 23.

25 Karl Gareis, „Das Recht am menschlichen Körper“ (s. Fn. 21), 59, 85 (Hervorhebungen nicht im Original).

grifflichkeit einzufangen versuchen.[26] Dies soll hier in drei Schritten geschehen, nämlich beginnend mit der Integrität des Körpers (3.2) über Verfügungen über den Körper und seine Teile (3.3) bis zu Verpflichtungen zu gesteigert körperbezogenen Diensten (3.4).

3.2 Integrität des Körpers

Die Integrität des Körpers und die Bewegungsfreiheit sind in der klassischen Terminologie des deutschen Zivilrechts als Rechtsgüter, nicht als subjektive Rechte geschützt.[27] Sofern man stattdessen doch den Begriff des Rechts verwenden will, empfiehlt sich ein erklärender Zusatz: So handelt § 1003 chZGB vom Recht *am* Körper, und in der Grundrechtsdogmatik ist vom *Abwehr*recht die Rede.[28] Klarer bringt es hierfür aber wohl der von *Georg Jellinek* herausgearbeitete *status negativus*[29] zum Ausdruck.

Die Ausgestaltung des Integritätsschutzes kann von der schlichten Haftung für eingetretene Verletzungen (§ 823 BGB; § 1011 chZGB) über die Abwehr konkreter Gefährdungen (entsprechend § 1004 BGB sowie vorausgesetzt in § 323c Strafgesetzbuch [StGB[30]]; § 1005 chZGB) bis hin zu Maßnahmen der Prävention reichen, die Übergriffe bereits im Vorfeld verhindern sollen (§ 5 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz [AGG[31]], § 4 Behindertengleichstellungsgesetz [BGG[32]]; § 1010 chZGB).

Über den bloßen Integritätsschutz hinaus gehen Garantien *auf* Leben, körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 S. 1 EMRK; Artt. 2 Abs. 1,

26 Eindrücklich eingefordert schon von Walther Schönfeld, „Rechtsgut und Rechtsperson im Lichte des Reichsgerichts“, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Bd. II, ed. Otto Schreiber (Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1929), 191, 214 – 217.

27 Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. I (Berlin: Duncker & Humblot 1910/1957), § 6 V (149 – 154), Bd. II 1/2 (Berlin: Duncker & Humblot 1918/1957), § 88 II (458 – 459).

28 Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, *Grundrechte. Staatsrecht II* (Heidelberg: C.F. Müller, 2020), Rn. 118 – 132.

29 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (Freiburg: Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, 1892), 89 – 108; zusf. ders., *Allgemeine Staatslehre* (s. Fn. 18), 416 – 421.

30 Strafgesetzbuch vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), ursprüngliche Fassung vom 15. Mai 1871 (RGBl. S. 127).

31 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 13. August 2006 (BGBl. I S. 1897, 1910).

32 Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen vom 27. April 2002 (BGBl. I S. 1467, 1468).

3 Abs. 1 EU-GRCh) sowie Gesundheit (§§ 1002, 1004 chZGB). Hier wird zusätzlich ein *status positivus*[33] gewährt, der Leistungsansprüche zur Folge hat, die von Krankenbehandlung über Assistenz bei Behinderungen bis hin zu Sozialleistungen zur Gewährung eines würdegemäßen Lebensstandards reichen (können). Unserer Tradition nach ist dieser Bereich dem Sozialrecht als Teil des öffentlichen Rechts zugeordnet. Daher erstaunt seine deutliche Adressierung im chZGB. Sofern es sich dabei nicht um ein schlichtes Versehen handeln sollte, könnte dies entweder damit zusammenhängen, dass das System der sozialen Sicherheit in China noch im Aufbau begriffen ist, wobei man sich möglicherweise die Option einer (teilweise) privatrechtlichen Ausgestaltung offenhalten wollte. Vielleicht beruhen die Anklänge an den s*tatus positivus* im Min Fa Dian aber auch schlicht darauf, dass man dem Zivilrecht als Infrastruktur des wirtschaftlichen Aufschwunges in China ganz allgemein einen größeren Nutzen für den Einzelnen zutraut als dies (mittlerweile) bei uns der Fall ist.

3.3 Verfügungen über den Körper

Verfügungen über den *Körper als Ganzen* können erst nach dem Tode wirksam werden; antizipierte Dispositionen stehen daher neben solchen, die von anderen erst nach dem Ableben der betroffenen Person getroffen werden (§§ 3, 4 Transplantationsgesetz [TPG[34]]; §§ 1006, 1007 chZGB). Der Leichnam ist aus Sicht der Überlebenden in jedem Falle *Objekt*, das einer spezifischen rechtlichen Behandlung bedarf. Ich würde einfach von einer Sache ausgehen;[35] konkurrierende Modelle[36] (Rückstand der Persönlichkeit; Gegenstand von Pietät und Leichenruhe; Sache besonderer Art wie „eigentumsfrei" oder „dem Verkehr entzogen") bringen nicht mehr zum Ausdruck als das bereits gefundene oder stillschweigend vorausgesetzte Ergebnis der erforderlichen näheren Qualifikation.

Verfügungen über Zellen, Organe und Gewebe als *Teile des Körpers* einer lebenden Person (§§ 8 – 8c TPG; in §§ 1006, 1007 chZGB mitgeregelt) setzen zunächst die Einwilligung in den in der Trennung liegenden Eingriff in die Integrität des

---

33 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (s. Fn. 29), 109 – 129.

34 Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Geweben vom 4. September 2007 (BGBl. I S. 2206), ursprüngliche Fassung vom 5. November 1997 (BGBl. I S. 2631).

35 Zum Rechtsobjekt Peter A. Windel, *OMG* (s. Fn. 24), 57 – 74.

36 Zum Streitstand Robert Korves, *Eigentumsunfähige Sachen?* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014), 96 – 98.

Körpers voraus. Außerdem muss wie beim Leichnam die besondere Qualität des vom Körper getrennten Teiles als Rechtsobjekt Berücksichtigung finden.

Rechtsdogmatisch folgt meines Erachtens aus alldem dreierlei: *Erstens* haben wir erst hier den Schritt vom Rechtsgut zum (absoluten) subjektiven Recht vollzogen, wenn es nicht anders richtig ist, dass ein solches ein (untechnisches) „Haben" zum Ausdruck bringen soll. Denn „haben" kann man nur etwas (ein Objekt), das man auch nicht haben kann.[37] *Zweitens* legitimiert dieses „Haben" aufgrund der besonderen Qualität des zuzuordnenden Gegenstandes von vornherein keine schrankenlose Disposition wie das Eigentum an einer vertretbaren Sache. Dies schlägt *drittens* auf die Verpflichtung zu einer Übertragung des Körpers oder seiner Teile durch. Nicht von ungefähr darf sie weder in Europa noch in China zu kommerziellen Zwecken erfolgen (Art. 3 Abs. 2 lit. c EuGRCh; § 1007 chZGB) und muss darüber hinaus nach meinem Dafürhalten frei widerruflich bleiben.

3.4 Verpflichtungen zu köperbezogenen Diensten

Etwas anders als Dispositionen über den Körper oder seine Teile als Rechtsobjekte gelagert sind Konstellationen, bei denen Dienste mit gesteigertem Körperbezug versprochen werden.[38] Hier fehlt die dort mit dem Verfügungsobjekt gegebene Begrenzung der an sich schrankenlosen Freiheit zu vertraglicher Bindung. Stattdessen liegt ein unmittelbarer Rückgriff auf *Ethik*, *Moral* und die *Sittenordnung* (vgl. § 1009 a.E. chZGB) zumindest nahe. In weiterer Konsequenz sollen diese eigentlich außerrechtlichen Maßstäbe durch Ethikkommissionen bzw. -ausschüsse in die Entscheidungsfindung eingebracht werden (§§ 40 Abs. 1 S. 2; 42 Arzneimittelgesetz [AMG[39]]; § 1008 S. 1 chZGB). Jedenfalls enthalten sich beide Referenzrechtsordnungen sowohl in materieller wie in organisatorischer Hinsicht einer abschließenden Regelung und weisen gleichsam über sich hinaus. Haben wir als Juristen hier endlich einen Ausgang aus dem Labyrinth unserer Rechtsdogmatik auf das weite Feld der Interdisziplinarität gefunden?

---

37 Walther Schönfeld, „Rechtsgut und Rechtsperson im Lichte des Reichsgerichts" (s. Fn. 26), 246 – 247.

38 Diese Differenzierung ist in meinem Beitrag „Personenrechtliche Grenzen der Vertragsbindung", in *Festschrift für Friedrich E. Schnapp*, ed. Hermann Butzer/Markus Kaltenborn/Wolfgang Meyer (Berlin: Duncker & Humblot, 2008), 859 – 871, noch übersehen.

39 Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln vom 12. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3394), ursprüngliche Fassung vom 16. Mai 1961 (BGBl. I S. 533).

4 Gefangen im Körper – gefangen im Recht

Leider liegen die Dinge so einfach nicht. Denn zwar lassen sich die gesetzliche und die sittlich-moralische Perspektive unterscheiden. Ebenso sicher können diese unterschiedlichen Perspektiven oft auch zu unterschiedlichen, manchmal zu geradezu gegenläufigen Lösungsvorschlägen führen. Aber in ihrem endlosen Kampf haben sich Gesetz und sittliche Regel ineinander verschlungen. Auch dies gilt im Grundsatz sowohl für unsere wie für die chinesische Referenzrechtsordnung:

In China[40] stehen sich Fǎ (法), das positive Gesetz, und Li (礼), die sittliche Regel oder – vielleicht sogar treffender – Tugend, zwar an sich gegenüber, die traditionelle Rechtstradition stützt sich aber seit jeher durchaus auf beide Pfeiler. Ebenso rekurriert das Recht in Deutschland keineswegs nur an scheinbar abseits gelegenen Stellen wie dem Transplantationsgesetz, sondern auch in ganz zentralen Kodifikationen auf „das Sittengesetz“ (Art. 2 Abs. 1 GG) bzw. „die guten Sitten“ (§§ 138, 826 BGB). Hochumstritten ist dabei nicht nur, wie weit diese Bezugnahmen konkret reichen,[41] sondern bereits, ob sie überhaupt angängig sind.[42]

Die Bedenken liegen keineswegs auf inhaltlicher Ebene. Es geht nicht darum, ob Gesetz, Sitte oder Moral *in concreto* die angemessenere, richtigere oder gar gerechtere Lösung vorschlagen. Vielmehr sind die Bedenken vordergründig eher rechtstechnischer, nämlich staatsorganisationsrechtlicher Natur: In dem Maße, in dem das positive Gesetz materiell zurückgedrängt wird, schwindet die Rechtssetzungskompetenz der Parlamente; in dem Maße, in dem Ethikkommissionen[43] entscheiden, werden staatliche Organe aus der Verantwortung entlassen. Im Kern geht es damit um die Reichweite des Demokratieprinzips überhaupt.

Natürlich könnten wir Juristen nicht auf gesellschaftliche Akzeptanz zählen, wenn wir uns (wieder einmal) vom *Rechts*positivismus auf platten *Gesetzes*positivismus zurückziehen wollten. Wir müssen uns folglich zumindest vorläufig ganz positivistisch damit abfinden, dass die zitierten Vorschriften in materieller wie

---

40 Dazu Christina Eberl-Borges, *Einführung in das chinesische Recht* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018), Rn. 7–29.

41 Zum Problem Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (München: C.H. Beck Verlag, 12. Auflage 2020), § 46 Rn. 1, 7–17.

42 Zum Problem Udo di Fabio, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, ed., *Grundgesetz-Kommentar* (München: C.H. Beck Verlag, Bearbeitung August 2020), Art. 2 Abs. 1, Rn. 45–46.

43 Erwin Deutsch, „Entstehung und Funktion der Ethikkommission in Europa,“ *MedR* (2008): 650–654; Hans-Dieter Lippert, „Ethikkommissionen unter dem Regime der EU-Verordnungen,“ *VersR* (2017): 793–798; Wolfgang A. Rehmann: *Arzneimittelgesetz* (München: C.H. Beck Verlag, 5. Auflage 2020), § 40 Rn. 3, 4.

organisatorischer Hinsicht über das Gesetzesrecht hinausweisen. In materieller Hinsicht haben wir mit dem „Sittengesetz“, den „guten Sitten“ sowie „Ethik, Moral und öffentlichem Interesse“ (§ 1009 chZGB) dann zwar keine *Rechts*begriffe mehr vor uns. Aber es bleiben doch *Juristen*begriffe, solange die Gesetze, in denen die Verweisungen enthalten sind, nur von Juristen angewendet werden. So wird seit Reichsgerichts Zeiten die Formel vom „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ als Maßstab für den Begriff der „guten Sitten“ psalmodiert.[44] Solcherlei juristisches Welt- und Vorverständnis wird zwar gesprengt, wenn Ethikkommissionen in konkrete Entscheidungsprozesse eingebunden werden,[45] an denen Vertreter verschiedener Disziplinen mitwirken, selbst wenn dazu auch Rechtswissenschaftler gehören. Ob die dort ablaufenden Diskurse letztlich interdisziplinäre Zusammenarbeit fördern oder vielmehr zur Emanzipation einer Ethik als eigenständiger Disziplin führen werden, lässt sich derzeit aber noch nicht abschließend beurteilen.

Anhang: §§ 1002 – 1011 chZGB

§ 1002 [Schutz des Rechts auf Leben]
Natürliche Personen genießen das Recht auf Leben. Die Sicherheit des Lebens und die Würde des Lebens natürlicher Personen wird durch das Gesetz geschützt. Keine Organisation oder Einzelperson darf das Recht auf Leben einer anderen Person verletzen.

§ 1003 [Schutz des Rechts am [eigenen] Körper]
Natürliche Personen genießen das Recht am [eigenen] Körper. Die körperliche Integrität und Bewegungsfreiheit natürlicher Personen werden durch das Gesetz geschützt. Keine Organisation oder Einzelperson darf das Recht am [eigenen] Körper einer anderen Person verletzen.

44 Reichsgericht, Urteil vom 11. April 1901, Rep. VI 443/00, RGZ 48, 114, 124; zuletzt Bundesgerichtshof, Beschluss vom 9. März 2021 – VI ZR 889/20 –, juris: Rn. 12.
45 Für den Deutschen Ethikrat (eingerichtet durch das Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrates [Ethikratgesetz – EthRG] vom 16. Juli 2007, BGBl. I, 1385) trifft dies nicht zu, vgl. § 2 EthRG, und dazu Begründung RegE, BT-Drs. 16/2856.

§ 1004 [Schutz des Rechts auf Gesundheit]
Natürliche Personen genießen das Recht auf Gesundheit. Die körperliche [und] geistige Gesundheit natürlicher Personen wird durch das Gesetz geschützt. Keine Organisation oder Einzelperson darf das Recht auf Gesundheit einer anderen Person verletzen.

§ 1005 [Hilfspflichten]
Wird das Recht auf Leben, das Recht am [eigenen] Körper [oder] das Recht auf Gesundheit natürlicher Personen verletzt oder ist es aufgrund anderer Umstände in Gefahr, so müssen Organisationen oder Einzelpersonen mit gesetzlichen Hilfspflichten unverzüglich Hilfe leisten.

§ 1006 [Spende menschlicher Zellen, Organe und menschlichen Gewebes sowie des Leichnams]
Vollständig Zivilgeschäftsfähige sind berechtigt, nach dem Recht selbstständig zu entscheiden, ihre menschlichen Zellen, ihr menschliches Gewebe, ihre menschlichen Organe [oder ihren] Leichnam zu spenden.[46] Keine Organisation oder Einzelperson darf sie zu dieser Spende zwingen, täuschen [oder] verlocken.
Stimmt ein vollständig Zivilgeschäftsfähiger gemäß dem vorigen Absatz einer Spende zu, muss Schriftform genutzt werden; es kann auch ein Testament errichtet werden. Hat eine natürliche Person zu Lebzeiten nicht erklärt, mit einer Spende nicht einverstanden zu sein, können nach dem Tod dieser natürlichen Person deren Ehegatte, volljährige Kinder [und] Eltern gemeinsam über eine Spende entscheiden; die Entscheidung zur Spende muss in Schriftform erfolgen.

§ 1007 [Verbot des Kaufs und Verkaufs menschlicher Zellen, Organe oder menschlichen Gewebes]
Jegliche Form des Kaufs [oder] Verkaufs von menschlichen Zellen, menschlichem Gewebe, menschlichen Organen [oder] eines Leichnams ist verboten. Kaufs- [oder] Verkaufshandlungen, die gegen den vorigen Absatz verstoßen, sind unwirksam.

§ 1008 [Voraussetzungen klinischer Experimente]
Bedarf es zur Entwicklung neuer Medikamente [oder] medizinischer Geräte oder zur Entwicklung neuer Methoden der Prävention und Behandlung der Durch-

46 Wörtlich: „unentgeltlich zu spenden“.

führung klinischer Experimente, so müssen nach dem Recht die Genehmigungen der betreffenden zuständigen Abteilungen sowie nach Überprüfung das Einverständnis eines Ethikausschusses eingeholt werden [und] gegenüber dem Teilnehmer [der klinischen Experimente] oder dem Vormund des Teilnehmers die genauen Umstände wie etwa der Zweck der Experimente, der Verwendungszweck und die möglicherweise entstehenden Risiken zur Kenntnis gebracht sowie dessen schriftliches Einverständnis eingeholt werden. Bei der Durchführung klinischer Experimente dürfen von den Teilnehmern keine Kosten für die Experimente erhoben werden.

§ 1009 [Umgang mit Genen und Embryonen]
Bei der Vornahme medizinischer und wissenschaftlicher Aktivitäten, die etwa Gene [oder] Embryonen des menschlichen Körpers betreffen, müssen die Gesetze, Verwaltungsrechtsnormen und einschlägigen staatlichen Bestimmungen befolgt werden; es darf nicht die menschliche Gesundheit gefährdet, gegen Ethik [und] Moral verstoßen [oder] das öffentliche Interesse geschädigt werden.

§ 1010 [Haftung bei sexueller Belästigung, Maßnahmen]
Wird eine sexuelle Belästigung entgegen dem Willen einer anderen Person etwa durch Worte, Texte, Bilder oder körperliche Handlungen begangen, ist der Geschädigte berechtigt, nach dem Recht zu fordern, dass der Handelnde zivilrechtlich haftet. Einheiten wie etwa Behörden, Unternehmen [und] Schulen müssen angemessene Maßnahmen wie etwa der Prävention, der Entgegennahme von Anzeigen [oder] der Untersuchung [und] Erledigung ergreifen, um die Begehung sexueller Belästigung durch [Aus-]Nutzung etwa von Amtsbefugnissen [oder] Zugehörigkeitsverhältnissen zu verhindern und zu unterbinden.

§ 1011 [Haftung bei Verletzung der Bewegungsfreiheit]
Wird die Bewegungsfreiheit einer anderen Person etwa durch illegale Inhaftierung entzogen oder eingeschränkt oder wird der Körper einer anderen Person illegal durchsucht, so ist der Geschädigte berechtigt, nach dem Recht zu fordern, dass der Handelnde zivilrechtlich haftet.

Übersetzung, Paragrafenüberschriften in eckigen Klammern und Anmerkungen von DING Yijie, Peter Leibküchler, Nils Klages und Knut Benjamin Pißler, Göttingen, Freiburg und Hamburg.

Literatur

Fritz Baur/Rolf Stürner/Rudolf Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht (Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 13. Auflage 2006).
Rémy Cabrillac, „Le Code civil chinois," Recueil Dalloz No. 24 (2020): 1375 – 1379.
Erwin Deutsch, „Entstehung und Funktion der Ethikkommission in Europa," MedR (2008): 650 – 654.
Christina Eberl-Borges, Einführung in das chinesische Recht (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018).
Karl Gareis, „Das Recht am menschlichen Körper," in Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg für Johann Theodor Schirmer (Königsberg i. Pr.: Hartungsche Verlagsdruckerei, 1900): 59 – 100.
Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre (Berlin: Verlag von O. Häring, 3. Auflage 1914).
Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte (Freiburg: Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr, 1892).
Michael Kahlo/Ernst A. Wolff/Rainer Zaczyk, Hg., Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1992).
Thorsten Kingreen/Ralf Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II (Heidelberg: C.F. Müller, 2020).
Robert Korves, Eigentumsunfähige Sachen? (Tübingen: Mohr Siebeck, 2014).
Wang Liming und Xiong Bingwan, „Personality Rights in China's New Civil Code: A Response to Increasing Awareness of Rights in an Era of Evolving Technology," Modern China, 23. 12. 2020. https://journals.sagepub.com/eprint/NMWKW6M3KIEIAYDWWJBM/full.
Wang Liming, „The Modernization of Chinese Civil Law over Four Decades," 14 Frontiers L. China (2019): 39 – 72.
Hans-Dieter Lippert, „Ethikkommissionen unter dem Regime der EU-Verordnungen," VersR (2017): 793 – 798.
Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt (München: C.H. Beck Verlag, 1958 ff.).
Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (München: C.H. Beck Verlag, 12. Auflage 2020).
Wang Qiang, „Vom deutschen BGB bis zu Chinas neuem Zivilgesetzbuch – Eine Rezeptionsgeschichte des BGB in China," ZNR 42 Heft 1/2 (2020): 77 – 114.
Wolfgang A. Rehmann: Arzneimittelgesetz, 5. Auflage (München: C.H. Beck Verlag 2020).
Wolfgang Schild, „Recht und Körperlichkeit," in Körper und Recht, ed. Ludger Schwarte/Christoph Wulf (München: Wilhelm Fink Verlag, 2003): 129 – 145.
Walther Schönfeld, „Rechtsgut und Rechtsperson im Lichte des Reichsgerichts", in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. II, ed. Otto Schreiber (Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter & Co., 1929): 191 – 272.
Harro von Senger, „Vom Code Civil Napoleons zum Zivilgesetzbuch Xi Jinpings," ZChinR (2020): 142 – 152.
Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I (Berlin: Duncker & Humblot 1910/1957), Bd. II 1/2 (Berlin: Duncker & Humblot 1918/1957).
Simon Werthwein, „Das Persönlichkeitsrecht im künftigen chinesischen Zivilgesetzbuch," in Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, ed. Yuanshi Bu (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 73 – 83.

Peter A. Windel, OMG – Germal Legal Dogmatics, Bd. 8 der Reihe Bochumer Juristische Studien zum Zivilrecht (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020).
Peter A. Windel, „Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für das Privatrecht“, JR 2011: 323 – 327.
Peter A. Windel, „Ist der Mensch eine juristische Person?,“ in Festschrift für Jan Schapp, ed. Patrick Gödicke/Horst Hammen/Wolfgang Schur/Wolf-Dietrich Walker (Tübingen: J. C. B. Mohr Verlag, 2010), 537 – 553.
Peter A. Windel, „Personenrechtliche Grenzen der Vertragsbindung“, in Festschrift für Friedrich E. Schnapp, ed. Hermann Butzer/Markus Kaltenborn/Wolfgang Meyer (Berlin: Duncker & Humblot, 2008), 859 – 871.
Peter A. Windel, „Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts“, STAAT 37 (1998): 385 – 410.
Yuhui Zhang, „Anmerkungen zum Entwurf des Persönlichkeitsrechtsbuchs,“ in Der Besondere Teil der chinesischen Zivilrechtskodifikation, ed. Yuanshi Bu (Tübingen: Mohr Siebeck, 2019), 85 – 105.

Sarah Jäger, Jena

Norm und Abweichung

Sexualethische Diskurse im Protestantismus der Gegenwart

1 Einleitung

> Für die moderne Gesellschaft bildet der feste Verweisungszusammenhang von unkündbarer Ehe, monogamer ehelicher Sexualität, freiwilliger Liebe, der Erziehung von Kindern, dauerhaftem Zusammenleben an einem Ort und gemeinsamen Wirtschaften mit geschlechtsdifferenzierter Arbeitsteilung keine Selbstverständlichkeit mehr. Liebe ist ohne Ehe zu haben, Ehe wiederum ohne Kinder und umgekehrt: Kinder sind auch ohne Ehe gemeinsam oder allein zu erziehen.[1]

So urteilt die praktische Theologin Isolde Karle und macht damit deutlich, dass sich in den letzten Jahrzehnten die gesellschaftlichen Diskurse und Einschätzungen um Ehe, Familie und Sexualität massiv verändert haben. Diese drei beziehen sich nicht mehr notwendigerweise aufeinander. „Innerhalb weniger Jahrzehnte ist das Sozialklima von erheblicher Intoleranz gegen Abweichung von Ehemoral und Familiensittlichkeit in weitgehende Permissivität umgeschlagen“[2] – so urteilte der Soziologe Hartmut Tyrell schon 1990. Dies ist u. a. bedingt durch eine zunehmende funktionale Differenzierung sowie durch eine Individualisierung und Pluralisierung von Lebensläufen.

Die evangelische Kirche hat sich schon früh, nämlich in ihrer Denkschrift von 1971, mit der sog. sexuellen Revolution der sechziger Jahre auseinandergesetzt, auch wenn das Tempo der gegenwärtigen Auseinandersetzungsprozesse gerade etwa auf Synoden oftmals eher einer Schnecke zu gleichen scheint und Kirche sicherlich niemals als Avantgarde in diesen Debatten bezeichnet werden kann.

> Im Zentrum der kirchlichen Debatten steht die Frage, ob sich die Kirche bei der Lebensformenfrage lediglich dem „Zeitgeist“ anpasst oder ob und inwiefern es ihrer Botschaft zutiefst entspricht, die Praxis von Sexualität und Liebe von den Fesseln der neuzeitlich-bürgerlichen Geschlechtermetaphysik zu befreien, Sexualität und Körperlichkeit positiver zu

---

1 Isolde Karle, „Sex – Liebe – Leidenschaft: Eine Auseinandersetzung mit Eva Illouzs Analyse spätmoderner Beziehungsformen“, *Evangelische Theologie* 73/5 (2014): 376 – 90, 377.

2 Hartmut Tyrell, „Ehe und Familie – Institutionalisierung und Deinstitutionalisierung“, in *Die „postmoderne“ Familie: Familiale Strategien und Familienpolitik in einer Übergangszeit*, hgg. Kurt Lüscher und Franz Schultheis und Michael Wehrspaun (Konstanz: Universitätsverlag, [2]1990), 145 – 56, 154.

 https://doi.org/10.1515/9783110784985-008

> würdigen und dabei zu einer differenzierten sozialethischen Neuorientierung zu gelangen, so die Theologin Isolde Karle.[3]

Dieser Beitrag möchte deshalb nun im Folgenden Diskurslinien evangelischer Sexualethik nachzeichnen und verbindet dies mit der These, dass Sexualität im Protestantismus niemals alleine als Körpererfahrung gesehen wurde, sondern immer normativ in einen verbindlichen Beziehungszusammenhang – über Jahre hinweg die Ehe – eingebunden gedacht wurde. Die Diskurse um Sexualethik – so die zweite Annahme – lassen sich unter den Begriffszusammenhang von „Norm und Abweichung" zusammenfassen.[4] Am Beginn der Ausführungen steht eine Grundlegung zur Bestimmung von Geschlecht und Sexualität, die vor allem die Theorie von Judith Butler aufnimmt. Im Anschluss daran werden die fünfziger Jahre in den Blick genommen, da zahlreiche Normen, die bis in die Gegenwart wirksam sind, in den Jahren der frühen Bundesrepublik aktualisiert und argumentativ verstärkt wurden. Daran schließt sich eine Skizze zentraler sexualethischer Denkfiguren in der Gegenwart an. Davon ausgehend werden dann Felder besonderer Herausforderung untersucht, die häufig als Abweichung von der sexualethischen Norm begriffen werden, wie Homosexualität, Transidentität oder Sexarbeit. Am Ende des Beitrages steht eine Zusammenschau, die außerdem den Vorschlag einer Konsensethik entwickelt.

2 Zusammenhang zwischen Geschlechterrollenvorstellungen und Sexualität

Die Frage von Norm und Abweichung, von dem, was jeweils als das Normale und dem, was als Divergenz, als das Andere oder Abartige in Fragen der Sexualität, beurteilt wird, verbindet sich mit der Anwendung der Kategorie des Natürlichen, die häufig eine Chiffre für die Frage nach dem Schöpfungsgemäßen darstellt, damit partizipiert „sie auch an der theologischen Ambivalenz alles Natürlichen"[5].

Sexualität und Liebe verknüpfen sich zudem mit kulturell geprägten Vorstellungen von Geschlecht, von Männlichkeit und Weiblichkeit. Solche Auffas-

---

3 Karle, Sex – Liebe – Leidenschaft (s. Fn. 1), 378.

4 Der Fokus der Darstellung wird dabei auf Sexualität liegen, Ehe und Familie kommen nur dort in den Blick, wo sie für Überlegungen zur Intimität relevant werden. Freundschaft kann gar nicht untersucht werden.

5 Frank Surall, „Ethik der Lebensformen", in *Handbuch der Evangelischen Ethik*, hgg. Wolfgang Huber, Torsten Meireis und Hans-Richard Reuter (München: Beck, 2015), 451–516, hier 460.

sungen von Männlichkeit und Weiblichkeit hängen oft auch mit der Annahme einer grundsätzlichen Unterschiedenheit – die auch Denk- und Gefühlsmuster umfasst – und einer aufeinander bezogenen Komplementarität der Geschlechter zusammen. Das dazu gehörende gesellschaftliche System bezeichnet Judith Butler als heteronormativ.

Dem biologisch angenommenen Geschlecht des Körpers (engl. *sex*) wurden über Jahrhunderte hinweg und bis in unsere Gegenwart auch bestimmte Geschlechtscharaktere und Rollenerwartungen (engl. *gender)* zugeschrieben. Für den Mann war das etwa Stärke, Aktivität, Öffentlichkeit und Rationalität, für die Frau dagegen Schwäche, Passivität, Häuslichkeit und Emotionalität. Damit verbanden sich geschlechtsspezifische Annahmen des jeweiligen Verhältnisses zur Sexualität – dies wird mit Blick auf die fünfziger und sechziger Jahre noch weiter deutlich werden.

Klar war aber, dass Männer und Frauen, verstanden als ontologische und unveränderliche Größen, auch in ihrem Begehren (*desire*) wechselseitig aufeinander bezogen seien. Diese „heteronormative Matrix"[6] führte für den Protestantismus lange zu einer deutlichen Ablehnung beispielsweise von Homo- und Transsexualität. Die Geschlechterunterscheidung wurde also heteronormativ überhöht, indem argumentiert wurde, dass die Natur sowie die Begabungen und Fähigkeiten von Männern und Frauen jeweils der Ergänzung durch das andere Geschlecht bedurften.[7] *Care*, im Sinne von Fürsorge, geht nun davon aus, dass sich an dieses Begehren auch bestimmte Fürsorgeaufgaben, im Sinne etwa von Kindererziehung oder Pflege von Angehörigen knüpfen.

Jede sexualethische Auseinandersetzung bringt es mit sich, dass über Personengruppen gesprochen wird, die sich von der Gruppe der Redenden unterscheiden. Judith Butler untersucht die Frage, was uns dazu bringt, das Leben anderer bewahren zu wollen, die sich auch – so die Annahme – darauf ausdehnen lässt, was uns dazu bringe, anderen ein lebenswertes Leben zu ermöglichen oder andere Lebensformen – auch queere – zu schützen.

Wer wird als besonders zu diskutieren und zu „schützen" beschrieben? Wer also ist die Norm und wer gehört zur Abweichung? Wer zur abweichenden Gruppe gerechnet wird, kann als pervers, als krank oder auch als besonders schutzbedürftig und gefährdet bezeichnet werden. Diese veränderten Diskursbewegungen über diese drei Begriffe hinweg lässt sich gerade für die Themenfelder Homo- und Transsexualität gut beobachten. Butler formuliert für ihre Leitfrage: „Wer gehört

---

6 Vgl. Judith Butler, *Das Unbehagen der Geschlechter* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1991).

7 Vgl. Isolde Karle, *Liebe in der Modern: Körperlichkeit, Sexualität und Ehe* (Gütersloh: Gütersloher Verlagshaus, 2014), 110.

zur ‚schützenden' Gruppe und wer gilt als ‚schutzbedürftig'? [...]"[8]. Gehen diejenigen, die nach schützenden Gruppen fragen, letztlich vom Wert ihres eigenen Lebens und davon aus, dass alles zu seinem Schutz getan werden wird, „sodass ‚Wir' diese Frage für ‚andere' stellen, für die diese Voraussetzung nicht gilt?"[9]

Das ist zum Beispiel dort der Fall, wo „gefährdete Gruppen" identifiziert werden. Es stellt sich die Frage: An wen richtet sich diese Forderung und welche Gruppe hat für den Schutz der Gefährdeten zu sorgen? Auf der anderen Seite: „Werden diejenigen, die für den Schutz gefährdete Gruppen Verantwortung übernehmen, ihrerseits durch diese Benennungspraxis zu nicht Gefährdeten?"[10]

Damit verbinden sich Fragen nach Benennungspraxis und einem möglichen Paternalismus, die es mit zu bedenken gilt. Ist es die Gruppe derer, die spricht, die Gemeinschaft derer, die heterosexuell, in der Ehe oder zumindest eheanalog lebt und von dieser Position aus, alles und alle anderen beurteilt? Und wenn das so ist, muss dieses Reden als „Reden über", dann paternalistisch geschehen?

Für christliche Sexualethik kann sich eine Sexualethik auf Augenhöhe in drei Schneisen zeigen:

– In der Art und Weise, wie Ethik betrieben wird, im Dialog statt in der Beurteilung, im Zuhören statt im Reden alleine,
– im Anerkennen, dass sich individualethische Fragen nach Sexualität und Partnerschaft niemals von denen einer Sozialethik als ganzer trennen lassen: „Gesellschaftliche Sexualmuster stellen sexuelle Möglichkeitsräume bereit, in deren Grenzen sich individuelle Vorlieben und Karrieren entfalten können."[11]
– Im ernsthaften Nachdenken darüber, was Konsens bedeutet, ohne diesen von Beginn an als nicht ausreichenden kleinsten gemeinsamen Nenner von Sexualethik abzuqualifizieren.

3 Rückblick auf Entwicklungslinien seit den fünfziger Jahren

Eine Reihe von Normen, die bis heute in der Sexualethik diskutiert werden, wurzeln deutlich argumentativ in den ersten Jahren der Bundesrepublik:

8 Judith Butler, *Die Macht der Gewaltlosigkeit: Über das Ethische im Politischen* (Berlin: Suhrkamp, 2020), 93.
9 Butler, Die Macht der Gewaltlosigkeit (s. Fn. 8), 92.
10 Butler, Die Macht der Gewaltlosigkeit (s. Fn. 8), 93.
11 Renate-Berenike Schmidt, *Lebensthema Sexualität: Sexuelle Einstellungen, Erfahrrungen und Karrieren jüngerer Frauen* (Opladen: Leske + Budrich, 2003), 325.

– Ehe als Norm
– Heterosexualität als Norm
– Binarität von Geschlecht als Norm
– Treue und Verbindlichkeit als Norm

Diese Normen werden für die Debatten der Gegenwart erneut aufgerufen. Die Nachkriegszeit stand in der normativen Spannung zwischen Art. 3 (2) GG: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt" und Art. 6 (1) GG: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung". Diese Spannung prägt die entsprechenden Diskurse.

Die fünfziger und sechziger Jahre können nun als Hochzeit der Ehe betrachtet werden, es lässt sich eine deutliche Retraditionalisierung verzeichnen. Es lässt sich feststellen, dass in den Diskursen zur Sexualethik mit einer idealisierten Vergangenheit der bürgerlichen Ehe, vermutlich des 19. Jahrhunderts, gearbeitet wird. Niemals handelt es sich um die jüngste Vergangenheit, den Nationalsozialismus. Die eigene Gegenwart wird als zutiefst ordnungsbedürftig erfahren, dies gelte auch für Fragen von Körper und Sexualität, diese erscheint nur im Kontext einer Ehe als lebbar. Selbstbefriedigung wurde strikt abgelehnt, sie könne leicht zur Sucht werden. Körperlichkeit wurde also tendenziell als etwas Unbeherrschbares beschrieben, das unter Kontrolle gebracht werden müsse.

Männlichkeits- und Weiblichkeitsvorstellungen wandelten sich in diesem Zeitraum. An der Polarität der Geschlechter, dem Aufeinanderbezogensein von Mann und Frau wurde jedoch festgehalten. So spricht der Schweizer Arzt und Eheberater Theodor Bovet von der tiefgreifenden Verschiedenheit von Mann und Frau, die sich auch in der Sexualität zeige: Für die Liebeskunst sei nun die sachliche Kenntnis von dem Bau und der Funktion des Geschlechtsapparates nötig, besonders der Mann müsse diese vor der Ehe erwerben, da er in der Ehe der „Steuermann" sein solle. Der Mann lebe im Allgemeinen nicht in der erotischen Atmosphäre, sondern seine Gedanken seien auf seinen Beruf oder auf sachliche Fragen des Ehelebens gerichtet. Das erotische Verlangen setze bei ihm im Allgemeinen ziemlich plötzlich ein. Die Frau dagegen lebe aufgrund ihres stärkeren Fokus auf Personen mehr oder weniger dauernd im Gefühl zu ihrem Mann. [...] Diese besondere weibliche Disposition gelte es nun vor allem am Beginn der Geschlechtsgemeinschaft zu beachten.[12]

Ein weiterer Grund für das Betonen von einer ausschließlich ehelichen Sexualität lag in der Annahme einer physischen und psychischen Form der Erwe-

12 Theodor Bovet, *Die Ehe. Das Geheimnis ist gross: Handbuch für Eheleute und ihre Berater* (Tübingen: Katzmann, 1955), 42.

ckung der Frau durch den Mann beim ersten Geschlechtsverkehr: Durch den Geschlechtsverkehr würden im Mädchen zwei innere Vorgänge ausgelöst, die nicht mehr rückgängig zu machen sind: „Das erste, wovon zu reden wäre, betrifft das Spürbarwerden ihrer geschlechtlichen Kraft."[13] Zum Zweiten binde sich das Mädchen in besonderer Weise an den ersten Mann, mit dem sie intim geworden sei.

Dieses bürgerliche Eheideal erodierte ab Ende der fünfziger Jahre: 1957 wurde der Stichentscheid des Ehemannes in gemeinschaftlichen Angelegenheiten ebenso wie das Kündigungsrecht des Ehemannes für den Arbeitsplatz der Frau abgeschafft. Die Eherechtsreform von 1976 ersetzte das Leitmodell der „Hausfrauenehe", bei der die Frau juristisch verpflichtet war, den Namen des Mannes bei der Hochzeit anzunehmen, ihm den Haushalt zu führen und die Kinder zu erziehen, durch das Partnerschaftsprinzip. Hier stand es dem Ehepaar frei, selbst zu entscheiden, wie das Zusammenleben gestaltet sein sollte.[14] Seit dem 30. Juni 2017 ist auch eine Eheschließung für gleichgeschlechtliche Paare möglich, die sog. „Ehe für alle". Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Die Denkschrift für Sexualethik von 1971 setzt erstmals vorsichtig neue Akzente. Sie nimmt für sich in Anspruch, auf die „sexuelle Revolution" der 1960er-Jahre zu reagieren. Es eröffnen sich grundlegende Unterschiede zu einer zeitgenössischen katholischen sexualethischen Position: Sexualität wurde als Schöpfungsgabe Gottes und als unabhängig von der Fortpflanzungsfunktion als zum Menschsein gehörend begriffen.[15] An dieser Stelle wurden auch Grunderkenntnisse der reformatorischen Theologie festgehalten, etwa zur Anerkennung von Körperlichkeit und Sexualität und in einem deutlichen Plädoyer für Ehe und Familie. Sexualität wird zu einem Beziehungsband des Paares, das deren Beziehung zusätzlich festigt. In der Denkschrift wird nun etwa auch vorsichtig der Geschlechtsverkehr zwischen verlobten Paaren zugelassen, auch daran lässt sich der zentrale Fokus auf Partnerschaft für das Leben von Sexualität und Körperlichkeit erkennen.

Die Denkschrift von 1971 ist tatsächlich die letzte Denkschrift der EKD, die sich mit Sexualethik befasst. Der Entwurf einer neuen Denkschrift unter dem

---

13 Guido N. Groeger, *Angst und Freude der Geschlechtsentwicklung* (Nürnberg: Laetare-Verlag, ^{5}1954), 48.

14 Vgl. Isolde Karle, „‚Für alle'. Die Wandlungsfähigkeit des reformatorischen Ehemodells", in *Reformation heute Bd. V: Menschenbilder und Lebenswirklichkeiten „Für alle"*, hgg. Bernd Oberdorfer und Eva Matthes (Leipzig: Evangelische Verlagsanstalt 2019), 164.

15 Vgl. Siegfried Keil, „Was wir damals noch nicht schreiben durften/konnten – Die sexualethische Denkschrift von 1971 in der Rückschau eines Beteiligten", *Evangelische Theologie 73/5* (2013): 353 – 63.

Vorsitz des Erlanger Systematikers Peter Dabrock[16] ist den Auseinandersetzungen um die EKD Orientierungshilfe „Zwischen Autonomie und Angewiesenheit. Die Familie als verlässliche Gemeinschaft stärken" 2013 zum Opfer gefallen. Diese Veröffentlichung, die sich stark darum bemüht, Familie in ihrer faktischen Vielfalt zur Kenntnis zu nehmen und ethisch zu würdigen, wurde vieles vorgeworfen: Oberflächlichkeit, Beliebigkeit, Anpassung an den Zeitgeist und mangelnde biblische Rückbindung.[17] Die Kernaussagen der Orientierungshilfe richten sich auf die Vielfältigkeit von Familie. Der kirchliche Segen, so die Orientierungshilfe, gilt verheirateten, unverheirateten, geschiedenen und homosexuellen Paaren, Patchworkfamilien – allen Menschen, die in verbindlichen Beziehungen zusammenleben, füreinander und für andere Verantwortung übernehmen.[18]

4 Zentrale Aspekte der sexualethischen Debatte

Im Folgenden werden wichtige Kernelemente einer evangelischen Sexualethik vorgestellt, wie sie sich aus den bisherigen Debatten herausdestillieren lassen, sie markieren gleichsam die theologische „Normalethik" zu Fragen des Sexuellen oder die Norm und beschreiben implizit oder explizit vor allem heterosexuelle Beziehungen.

4.1 Sexualität als Gabe Gottes

Grundsätzlich stellen zeitgenössische Entwürfe den Menschen in den Mittelpunkt: „Der Körperverdrängung in modernen Gesellschaften entspricht eine Körperaufwertung"[19] in der Sexualität. Hier bestehe die Möglichkeit einer tiefen

---

16 Ein Teil der Verfasser*innen haben ihre Gedanken daraufhin unter dem Titel „Unverschämt – schön. Sexualethik: evangelisch und lebensnah" veröffentlicht. Hier wird deutlich, dass Ehe und Sexualität nicht ineinander aufgehen können.
17 Vgl. Rüdiger K. Durth, „160 Seiten Orientierungslosigkeit – Folgt nun bald eine Denkschrift der EKD zur Familie?", in *Homiletische Monatshefte 89 /1* (2013): 42.
18 Vgl. Claudia Janssen, „Lebendig als Du: Die Orientierungshilfe und die Bibelwissenschaft", in *Zeitzeichen – Evangelische Kommentare zu Religion und Gesellschaft* https://familienpapier.evangelisch.de/debattenbeitraege/lebendig-als-du-die-orientierungshilfe-und-die-bibelwissenschaft-51.
19 Sven Lewandowski, *Sexualität in den Zeiten funktionaler Differenzierung: Eine systemtheoretische Analyse* (Bielefeld: Transcript, 2004), 148.

und umfassenden geistig-körperlichen Adressierung des Menschen. Seit der Denkschrift von 1971 wird Sexualität als Gabe Gottes verstanden, die jedem Menschen zu eigen sei. Damit werde deutlich, dass dem biblischen Verständnis in weiten Teilen Körperfeindlichkeit fremd sei. Von der Schöpfung an sei der Mensch auf Gemeinschaft und Beziehung hin angelegt. Sexualität sei jedoch nicht nur Gabe, sondern immer auch Gestaltungsaufgabe.[20] Zudem zeigt sich, dass in den evangelischen Diskursen mit einem machtvollen erotischen Begehren gerechnet und daraus auch die Notwendigkeit christlicher Sexualethik abgeleitet wird: In den Worten des evangelischen Sozialethikers Frank Suralls: „Diese Macht der Liebe, ihre Leidenschaft und das Begehren nach einem Menschen, transzendiert die ethische Reflexion und begrenzt ihre Reichweite – keineswegs immer zum Guten."[21]

Von daher begründe sich eine evangelische Sexualethik:

> Christliche Verantwortung und Urteilsbildung über die Gestaltung von Sexualität hat zum einen den Blick auf die normativen Quellen des Glaubens zu richten. [...] Zum anderen bedeutet die Rechenschaft „vor Gott und den Menschen" aber auch, dass Fragen der Gestaltung von Sexualität sich an etablierten Wissensbeständen der Gegenwart abzuarbeiten haben.[22]

4.2 Menschenwürde, personale Begegnung und sexuelle Freiheit

Die schöpfungsgemäße Gleichheit von Mann und Frau ist zu einem allgemein anerkannten Grundbestand evangelischer Ethik geworden. Für die Selbstbestimmung des Menschen spielt die Würde des Menschen, gegründet in der Gottesebenbildlichkeit des Menschen, eine entscheidende Rolle. So sei zu fragen, ob der Gedanke der Menschenwürde bestimmte sexuelle Praktiken von vornherein ausschließe, dies wird besonders für das Themenfeld Sexarbeit oder Prostitution virulent.

Sexualität – und das ist zentral – komme erst in einer personalen Begegnung zur Erfüllung, so eine wichtige sexualethische Grundannahme und diese verbinde sich mit dem Gedanken der sexuellen Freiheit von Christinnen und Christen, wie

20 Vgl. Peter Dabrock und Renate Augstein und Cornelia Helfferich und Stefanie Schardien und Uwe Sielert (hgg.), *Unverschämt – schön. Sexualethik: evangelisch und lebensnah* (Gütersloh: Gütersloher Verlagshaus, 2015), 12.

21 Surall, Ethik der Lebensformen (s. Fn. 5), 467.

22 Peter Dabrock, „Biblisch orientierter Pluralismus: Worum es der evangelischen Sexualethik geht", in *Herder Korrespondenz Spezial 2* (2014): 7–11, 8.

er insbesondere von Godwin Lämmermann stark gemacht wird. Ein Christenmensch dürfe Sexualität frei und auch angstfrei erleben. Allerdings gelte es, diese Freiheit nicht auf Kosten anderer zu nutzen.[23]

Diese Freiheit drohe aber immer in eine monadische Ethik umzuschlagen, in der Suche nach dem perfekten Partner, der perfekten Partnerin bestehe immer die Gefahr, dass es egoistisch nur noch um mich und meine Bedürfnisse gehe und der kategorische Imperativ so gerade nicht zur Anwendung komme.

„Christus hat die Menschen zu einer verantwortlichen Gestaltung der Welt und ihrer mitmenschlichen Beziehungen jenseits gesetzlicher Zwänge befreit.“[24] Diese Grundaussage entfaltet Frank Surall in zwei Hinsichten: Durch diese Befreiung sei zum einen eigenes verantwortliches Handeln möglich, diese Möglichkeit einer eigenen verantwortlichen Entscheidung gelte auch für den Bereich der Sexualität. Zum anderen begründe die Hinwendung Gottes zu jedem Menschen seine personale Würde. Aus dieser Würde folge das Recht als Person angesprochen zu werden, dieses Recht gelte allen Menschen in gleicher Weise.[25] „Die ganzheitliche Integration der Sexualität in umfassende Lebensvollzüge schützt die Person vor einer Instrumentalisierung als ‚Lustobjekt‘. Die Verbindlichkeit einer Partnerschaft schützt die Person vor der Willkür und Launenhaftigkeit des Anderen.“[26] Eine solche ganzheitliche und verbindliche Partnerschaft lasse sich sowohl homo- wie heterosexuell leben.

4.3 Merkmale der modernen Ehe

Der evangelische Sexualethiker Hermann Ringeling bezeichnete in den neunziger Jahren folgende Merkmale als zentral für die Ehe: Heterosexualität, Dauerhaftigkeit, Freiwilligkeit, Öffentlichkeit (Rechtsförmigkeit), Gleichberechtigung und Plastizität.[27] Diese Merkmale stellen die Grundlage dar, um alle Formen von Intimbeziehungen zu beurteilen, bis heute – wir werden das noch sehen. Peter Dabrock weitet 2014 an dieser Stelle diese Kriterien für Sexualität jenseits einer verbindlichen Partnerschaft aus und ergänzt: „Einvernehmen und Selbstbestim-

23 Godwin Lämmermann, *Wenn die Triebe Trauer tragen. Von der sexuellen Freiheit eines Christenmenschen* (München: Claudius, 2002).
24 Surall, Ethik der Lebensformen (s. Fn. 5), 491.
25 Torsten Meireis, „Ethik des Sozialen“, in *Handbuch der Evangelischen Ethik*, hgg. Wolfgang Huber, Thorsten Meireis und Hans-Richard-Reuter (München: Beck, 2015), 286.
26 Surall, Ethik der Lebensformen (s. Fn. 5), 492.
27 Hermann Ringeling, *Beiträge zu Fundamental- und Lebensethik*, 3. Bd., (Freiburg, Schweiz: Universität-Verlag, 1994).

mung, Achtung vor den Verwirklichungschancen des Anderen, Schutz des je Schwächeren, Lebenszufriedenheit, Bereitschaft zum Verzeihen und zum Neuanfang“[28].

Der wichtigste Faktor für die weitere Orientierung stelle die Treue als Verbindlichkeit dar: Der äußere Anteil werde rechtlich als Dauerhaftigkeit erfasst. „Wer treu ist, verzichtet nicht nur auf Geschlechtsverkehr mit Anderen, sondern erweist sich in allen Lebenslagen als verlässlich. Der ethische Anspruch rückhaltloser Treue und Verbindlichkeit zeichnet die monogame Ehe gegenüber der Polygamie aus. Polygamie bedeutet geteilte Treue und damit einen geringeren Grad personaler Verbindlichkeit.“[29] Surall etwa plädiert stark dafür, Partnerschaften nicht danach zu beurteilen, ob Partner*innen rechtlich verheiratet sind, sondern, ob sie Treue im Sinne rückhaltloser Verbindlichkeit leben.

Eine nichteheliche Partnerschaft könne nun auch dazu dienen, die Möglichkeiten umfassender Treue näher zu erkunden. Nach Surall sei es insbesondere ethisch wenig problematisch, dass sich Treue erst noch entwickeln muss. Als schwierig beurteilt er indes, wenn eine Beziehung von Anfang an nicht für Treue offen ist, wie dies etwa bei einem One-Night-Stand oder einer Urlaubsaffäre der Fall sei.

4.4 Ehe kann scheitern

In der Frage der Ehescheidung liegen gravierende Unterschiede zum römisch-katholischen Eheversprechen vor. Gerade weil die Ehe ein „weltlich Ding“ ist, könne sie scheitern. Dies bedeute keine Kritik an der Trauformel „bis dass der Tod uns scheidet“, sondern ein Zugeständnis an die Gebrochenheit unserer menschlichen Existenz.

5 Homosexualität

Die Debatte zu Homosexualität zeigt deutlich, wie sich protestantische Diskurse in Reaktion auf gesellschaftliche und rechtliche Veränderungsprozesse anpassten, dies jedoch immer nur in Reaktion, nicht in aktiver Gestaltung. Kaum ein Thema hat sich gesellschaftlich in den letzten Jahren und Jahrzehnten so rapide verändert, wie die gesellschaftliche Einschätzung von Homosexualität. Über lange Zeit

28 Dabrock, Biblisch orientierter Pluralismus (s. Fn. 22), 9.
29 Surall, Ethik der Lebensformen (s. Fn. 5), 478.

hinweg wurde der negative biblische Befund (man denke an Lev 18,22; 20,13; Röm 1,26 f.: 1Kor 6,9 – 11) in der Beurteilung in den Vordergrund gestellt.[30]

Die Evangelische Kirche setzte sich prominent zum ersten Mal 1996 in der Orientierungshilfe „Mit Spannungen leben" mit Homosexualität auseinander, diese wurde bei ihrer Veröffentlichung durch zahlreiche Stellungnahmen – durchaus auch kritische – flankiert. Dort wurde davon ausgegangen, dass aus Sicht des christlichen Glaubens Ehe und Familie die sozialen Leitbilder für das Zusammenleben von Menschen darstellen. Im Mittelpunkt stand die Frage nach zwei Einschätzungen, zunächst danach, ob sich an der Homosexualität die Bindung der evangelischen Kirche an die Bibel entscheide, zum anderen danach, ob mit der Frage nach Homosexualität die Einheit der evangelischen Kirche auf dem Spiel stünde. 1995 hatte es dazu in der Vorbereitung auch ein „Gespräch mit persönlich Betroffenen" gegeben.[31]

Die Orientierungshilfe entfaltet eine biblisch-theologische Argumentation, die sich sehr darum bemühte hermeneutische Verkürzungen zu vermeiden, aber zugleich auch an der schöpfungsgemäßen Binarität der Geschlechter nach Gen 1,27 festhielt.[32] Heterosexuelle Ehe und Familie bildeten das Leitbild: Die Denkschrift nennt folgende Normen für die ethische Bewertung einer partnerschaftlichen Beziehung. Sie orientieren sich stark an einer idealisierten heterosexuellen Beziehung, vorzugsweise an einer Ehe:

1. Freiwillige Zustimmung
2. Ganzheitlichkeit, die Leib und Seele betrifft
3. Verbindlichkeit
4. Angelegtsein auf Dauer
5. Partnerschaftliche Gestaltung in Gegenseitigkeit und Gleichberechtigung

---

30 Diese radikale Ablehnung schlug sich auch im Strafrecht christlicher Staaten nieder. Das erste deutsche Strafgesetzbuch von 1871 stellte unter §175 männliche Homosexualität unter Strafe. Weibliche Homosexualität kam hier nicht vor. Im Nationalsozialismus verschärfte sich die Strafverfolgung, mehr als 10.000 schwule Männer waren mit dem rosa Winkel gekennzeichnet in Konzentrationslagern inhaftiert. Die Strafrechtsreform von 1969 ließ homosexuelle Handlungen zwischen Erwachsenen straffrei, doch erst 1994 wurde der §175 komplett aufgehoben. Die Kriminalisierung auf der einen Seite ging mit einer Pathologisierung seit dem 19. Jahrhundert einher. Diese wurde sicherlich durch die scharfe Verurteilung durch die Kirche gefördert. Erst im Jahr 1992 wurde Homosexualität von der Liste der WHO als Krankheit gestrichen.

31 Vgl. Klaus Fitschen, *Liebe zwischen Männern? Der deutsche Protestantismus und das Thema Homosexualität* (Leipzig: Evangelische Verlagsanstalt, 2018), 179.

32 Vgl. dazu: Hartmut Kreß, „Im Prinzip Ja und Nein. Die EKD-Schrift zu Homosexualität hat keine klare Linie", *Evangelische Kommentare. Monatsschrift zum Zeitgeschehen in Kirche und Gesellschaft 29* (1996): 292 – 93.

Die Orientierungshilfe sieht diese Normen potentiell auch in homosexuellen Beziehungen verwirklicht. Ein wesentlicher Unterschied liege allerdings darin, dass nur Ehe und Familie „grundsätzlich die Entscheidung für die Geburt von Kindern eröffnen und [...] einen Lebensraum darstellen [können], in dem Kinder aufwachsen". Daher sei „die Fülle dieser für das menschliche Leben wesentlichen Funktionen [...] so nur in [heterosexueller SJ] Ehe und Familie möglich".[33] Da also für Schwule und Lesben keine Orientierung an dem Familienmodell möglich sei, wurde ihnen auch die Möglichkeit einer Ehe abgesprochen.[34] Das Pfarramt sollte nur im Einzelfall und äußerst restriktiv für homosexuelle Pfarrer (Frauen kamen nicht vor) geöffnet werden. Die Orientierungshilfe wurde sowohl in evangelikalen Zusammenhängen[35] als auch innerhalb von schwulen und lesbischen Interessenverbänden sehr kritisch rezipiert. Besonders kritisch wurde festgehalten, dass es sich erneut vor allem um ein Gespräch über Schwule und Lesben, nicht mit ihnen gehandelt habe und die Lebenswirklichkeit schwuler und lesbischer Paare nicht ausreichend berücksichtigt worden sei. Die kirchliche Praxis einiger Landeskirchen hatte diese Veröffentlichung mittlerweile durch die Möglichkeit von Segnungen, zumindest im seelsorgerlichen Rahmen, überholt.[36]

Die Stellungnahme „Verlässlichkeit und Verantwortung stärken" von 2000 zur Frage einer gesetzlichen Regelung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften ging bewusst von der Orientierungshilfe des Rates der EKD „Mit Spannungen leben" aus. So werden auch hier Ehe und Familie als anzustrebende Regelform des Zusammenlebens angesehen.[37] Dabei stellt das Kirchenamt die These auf, dass der Großteil der homosexuellen Menschen kein Leben in einer dauerhaften Beziehung anstrebe.[38] Ein zweiter Punkt, der bedacht werden muss, sei die eventuelle Vorbildfunktion, die eine veränderte gesetzliche Regelung nach sich ziehen könnte.[39] Dies betreffe besonders Jugendliche und bisexuelle Menschen. Als Perspektive schließlich ließe sich gewinnen, dass die Schaffung eines ge-

---

33 Evangelische Kirche in Deutschland (Hg.), *Mit Spannungen leben. Eine Orientierungshilfe des Rates der EKD zum Thema „Homosexualität und Kirche"* (Hannover: EKD, 1996), 32f.

34 Vgl. EKD, Mit Spannungen leben (s. Fn. 33), 40.

35 Vgl. exemplarisch: *Idea-Dokumentation 17/96* Sexualethik in der Diskussion: Die evangelische Kirche und ihre Haltung zu Ehe und Sexualität.

Vgl. zur gegenwärtigen evangelikalen Debatte: Christoph Raedel, *Gender: Von Gender-Mainstreaming zur Akzeptanz sexueller Vielfalt* (Gießen: Brunnen Verlag GmbH, ²2017).

36 Vgl. dazu Erbitterter Streit um kirchlichen Segen für Homosexuelle und die Anerkennung „eheähnlicher Partnerschaften", *epd-Dokumentation Nr. 13/97*, 10. März 1997.

37 Vgl. „Verlässlichkeit und Verantwortung stärken. Eine Stellungnahme des Kirchenamtes der EKD", in *epd-Dokumentation Nr. 9/00*, 22. Februar 2000, 2.

38 Vgl. Verlässlichkeit und Verantwortung stärken (s. Fn. 37), 1.

39 Vgl. Verlässlichkeit und Verantwortung stärken (s. Fn. 37), 4.

setzlichen Rahmens für homosexuelle Partnerschaften trotzdem nicht abzulehnen ist, vielmehr würde eine solche Regelung gesellschaftliche Anerkennung für die Übernahme gegenseitiger Verantwortung bedeuten. Allerdings sei sicherzustellen, dass es zu keiner Verwechslung mit einer Ehe kommen könne.

Das Rechtsinstitut der eingetragenen Lebenspartnerschaft seit 2001 schuf nun diesen Rechtsrahmen für „die von kirchlicher Seite immer wieder eingeforderte Verbindlichkeit homosexueller Partnerschaften und ihr[en] Charakter als Verantwortungsgemeinschaft“[40].

Längst hatten auch bereits einzelne Landeskirchen begonnen, Segnungen auch im Gottesdienst durchzuführen. Nach dem Inkrafttreten des Gesetzes 2001 konzentrierte sich die innerkirchliche Debatte daher fast ausschließlich auf diese Frage gottesdienstlicher Segnungen. 2017 wurde die Ehe für alle zum Gesetz, ein Teil der zivilgesellschaftlichen und kirchlichen Schwulen- und Lesbenbewegung hatte dieses Gesetz sehr lange als politisches Ziel angestrebt, auch und gerade als bewusste Angleichung an die heterosexuelle Ehe. Manche queeren Menschen traten jedoch bewusst für andere Formen auch der rechtlichen Anerkennung ein, die keine Form der Nachbildung der heterosexuellen Ehe darstellen.

In den Landeskirchen wiederholten sich zwar die Debatten zur Exklusivität der Ehe zum Teil noch einmal, doch hier war die Position der EKD klar:

> Dass auch für gleichgeschlechtlich liebende Menschen, die den Wunsch nach einer lebenslang verbindlichen Partnerschaft haben, der rechtliche Raum vollständig geöffnet wird, in dem Vertrauen, Verlässlichkeit und Verantwortung durch gesetzliche Regelungen geschützt und unterstützt werden, begrüßt die EKD. Die Bedeutung der Ehe zwischen Mann und Frau wird dadurch keineswegs geschmälert. Im Gegenteil – sie wird noch einmal unterstrichen.[41]

Der kirchliche Zeithistoriker Klaus Fitschen konstatiert zu diesem raschen Argumentationswechsel lakonisch „[...] die Kirche konnte aber auch hier nur noch kommentieren. Die Zeiten waren längst vorbei, in denen der Gesetzgeber wie bei der Großen Strafrechtsreform der 1970er Jahre die Kirche wenigstens hören wollte.“[42]

40 Fitschen, Liebe zwischen Männern? (s. Fn. 31), 188.

41 https://www.ekd.de/Stellungnahme-des-Rates-der-EKD-zur-Debatte-um-die-Ehe-fuer-alle-24373.htm.

42 Fitschen, Liebe zwischen Männern? (s. Fn. 31), 193.

6 Transidentität

Dass menschliches Leben und insbesondere Körpererleben vielfältiger ist und über die Annahme hinausgeht, dass jeder Mensch ein angeborenes und unveränderliches Geschlecht habe, zeigt sich insbesondere an den Diskursen um Transsexualität. „Ein Gotteskind braucht kein Geschlecht“[43], so urteilt der Sexualethiker Gerhard Schreiber und macht damit darauf aufmerksam, wie grundlegend Trans- und Intersexualität unsere binären Geschlechtervorstellungen von männlich und weiblich infrage stellt.

Transsexualität bedeutet, das Erleben von Menschen, dass ihre Identität jenseits (lat. *trans*) zu dem Geschlecht liegt, dass ihnen bei der Geburt zugewiesen wurde. Es liegt bei ihnen eine Inkongruenz zwischen physischem und psychischem Geschlechtserleben vor – es handelt sich also um eine Normvariante der Geschlechtsidentität.[44] Der Begriff der Transidentität macht deutlich, dass eine besondere Herausforderung darin liegt, ein Leben gemäß dem eigenen Identitätsempfinden zu führen, das nicht dem Geburtsgeschlecht entspricht. Ein Geschlechtswechsel ist in Deutschland seit 1980 möglich und verbunden mit jahrelangem Training, Tests und psychiatrischen Gutachten. Das sog. „Transsexuellengesetz“ erlaubt seit 2011 auch eine Personenstandsänderung ohne körperliche Behandlung.[45] Für viele, jedoch nicht für alle, transidenten Menschen ist eine Angleichung der körperlichen Geschlechtsmerkmale wichtig.

Innerhalb der evangelischen Theologie ist Transidentität erst seit etwa fünfzehn Jahren im Blick. Es gilt noch immer, was Heike Walz 2012 feststellte: „Die Transzendierung der Zweigeschlechtlichkeit (in der Inter- und Transsexualität) wird in der deutschsprachigen Theologie noch kaum bedacht, häufig als völlig abseitig disqualifiziert.“[46] Die zunehmende Entkriminalisierung und Entpatho-

---

43 Gerhard Schreiber, „Ein Gotteskind braucht kein Geschlecht“, in *Gender im Disput. Dialogbeiträge zur Bedeutung der Genderforschung für Kirche und Theologie*, hg. Jantine Nierop (Hannover: creo-media GmbH, 2018), 96 – 107, 96.

44 Vgl. L. Prüll, „Das Unbehagen am transidenten Menschen: Ursprünge, Auswirkungen, Ausblick“, in *Transsexualität in Theologie und Neurowissenschaft*, hg. Gerhard Schreiber (Berlin: De Gruyter, 2016), 256 – 93, 256.

45 Hier ist zwischen der sog. „großen Lösung“ (§ 8 TSG), bei der die Zugehörigkeit zum anderen Geschlecht gerichtlich festgestellt wird und Geburtseintrag und -urkunde und alle anderen Dokumente geändert sowie ein neuer Vorname eingetragen werden, und der sog. „kleinen Lösung“ (§ 1 TSG) zu unterscheiden. Bei letzterer wird nur der Vorname geändert, ohne dass dies Auswirkungen auf das rechtliche Geschlecht hat.

46 Heike Walz, „Gegen den Strom schwimmen: Feministische Theologie und Theologische Geschlechterforschung im samtenen Dreieck von Gesellschaft, Kirche und Wissenschaft“, in

logisierung (ähnliche Prozesse ließen sich auch beim Thema Homosexualität feststellen) fordern an dieser Stelle auch evangelische Ethik heraus. Anders als beim Thema Homosexualität sind hier einzelne evangelische Theolog*innen gestaltend tätig, auch vor entsprechenden Gesetzesänderungen und dem damit verbundenen Handlungsdruck. Positiv fällt hier auch auf, dass auch Menschen, die sich selbst als transsexuell beschreiben, aktive Diskursteilnehmer*innen sind. Hier scheint in Ansätzen ein „reden mit", vielleicht sogar ein „selberreden" statt eines „reden über" zu gelingen.

In diesem Bereich hat Gerhard Schreiber Wichtiges geleistet: 2016 hatte er unter dem Titel „Transsexualität. Eine gesellschaftliche Herausforderung im Gespräch zwischen Theologie und Neurowissenschaften" eine Tagung durchgeführt, die Neuro-, Bio- und Rechtswissenschaftler*innen mit Vertreter*innen von Theologie und Kirche ins Gespräch gebracht hatte. Schreiber hält fest, dass transsexuelle Menschen keine Bevormundung benötigten, sondern Wertschätzung und Unterstützung in den Übergangsphasen ihres Lebensweges.[47] Hier seien Kirche und Theologie in besonderer Weise herausgefordert und so lasse sich Trans- und Intersexualität in ein breites Spektrum möglicher individueller geschlechtlicher Muster als „geschlechtliche Vielfalt" einordnen. „Beides, Intersexualität und Transsexualität, ist für die theologische Reflexion und kirchliche Praxis eine ‚irritierende Kontingenz', die gängige, etablierte Denkmuster aufbricht und zu einem Kurswechsel in der theologischen Auseinandersetzung mit Geschlecht herausfordert."[48]

Für eine evangelische Sexualethik liegt eine wichtige Aufgabe in der grundlegenden Anerkennung von Transidentität. Anerkennung ist ein performatives Geschehen, das zugleich auch hervorbringt, was es anerkennt. In einer Kultur der Cis-Geschlechtlichkeit fehlt oft auch das Vokabular, um die eigene Identität angemessen zum Ausdruck zu bringen. Nicht zufällig, geht der Coming-Out-Prozess transidenter Kinder häufig einher mit dem Kennenlernen entsprechenden Trans-Vokabulars.[49] Mit der Neuschöpfung in Christus „haben Differenzen der Herkunft, der Ethnie, der körperlichen Ausgestaltung, des Geschlechts, der sexuellen Ori-

---

Theologie in Freiheit und Verbindlichkeit: Profile der Kirchlichen Hochschule Wuppertal-Bethel, hg. Henning Wrogemann (Neukirchen-Vluyn: Neukirchener, 2012), 183 – 211, 205.

47 Gerhard Schreiber, „Vorwort", in *Das Geschlecht in mir. Neurowissenschaftliche, lebensweltliche und theologische Beiträge zu Transsexualität*, hg. Gerhard Schreiber (Berlin: De Gruyter, 2019), XI–XIV, XIV.

48 Schreiber, Vorwort (s. Fn. 47), XVI.

49 N. Kennedy, Gefangene der Lexika: Kulturelle Cis-Geschlechtlichkeit und Trans-Kinder, in *Normierte Kinder. Effekte der Geschlechternormativität auf Kindheit und Adoleszenz*, hgg. E. Schneider und C. Baltes-Lhr (Bielefeld: Transcript, 2015), 321 – 38, 334.

entierung keine diskriminierende Relevanz mehr – alle sind vielmehr ‚einer in Christus'"[50]. Hier wird deutlich, dass das Geschlecht und die körperliche Verfasstheit gleichsam in den Hintergrund treten. „Die Freiheitsvision aus Gal 3,28 öffnet die enge Schnürung des sozialen Identitätskorsetts: Christus verhilft zu einer neuen Identität jenseits der kulturellen Normen."[51]

In diesem Zusammenhang hat die Evangelische Kirche in Hessen und Nassau eine Handreichung zu „Transsexualität in der Kirche" vorgelegt. Hier werden verschiedene theologische und neurowissenschaftliche Perspektiven auf das Thema geworfen, vor allem aber kommen in großem Maße transsexuelle Kinder und Erwachsene zu Wort.[52]

7 Sexarbeit / Prostitution

Sexarbeit oder Prostitution [53] markiert ein besonders kontroverses Thema für evangelische Sexualethik. Hierzu wäre deutlich mehr zu sagen als das in diesem Umfang geschehen kann. In jedem Falle ist deutlich zu erkennen, dass sich auch hier ganz häufig ein „Reden über" ereignet, da sich hier die Gruppe derjenigen, die sich mit sexualethischen Fragen auseinandersetzt, deutlich von der unterscheidet, die in der Sexarbeit tätig sind. Sexarbeit scheint sich häufig außerhalb

---

50 Isolde Karle, *„Da ist nicht mehr Mann noch Frau …": Theologie jenseits der Geschlechterdifferenz* (Gütersloh: Gütersloher Verlagshaus 2006), 256 – 57.
51 Caroline Teschmer und Jula Well, „Nicht der Norm entsprechen. Die Konstruktion einer Transidentität und ihre seelsorgerliche Begleitung", in *Evangelische Theologie 78/1* (2018), 49 – 58, 56.
52 Vgl. Evangelische Kirche in Hessen und Nassau, *Zum Bilde Gottes geschaffen: Transsexualität in der Kirche* (Darmstadt: Evangelische Kirche in Hessen und Nassau, 2018).
53 Sexarbeit stellt einen Oberbegriff für sämtliche Formen sexueller und erotischer Arbeit und wird auf verschiedene Weisen verwendet. Sexarbeit bezeichnet eine konsensuelle sexuelle oder sexualisierte Dienstleistung zwischen volljährigen Geschäftspartner*innen gegen Entgelt oder andere materielle Güter. Prostitution dagegen als die explizit körperliche „Ausübung, Erduldung und Stimulation von sexuellen Handlungen gegen Entgelt" stellt einen Teilbereich von Sexarbeit dar. Vgl. dazu: Martina Schuster und Almut Sülzle und Agnieszka Zimowska, „Discourse on prostitution and human trafficking in the context of UEFA EURO 2012: Academic study of discourse and campaigns in the run-up to the 2012 European Football Championship finals as the basis for advising decision-makers", UEFA, http://lastradainternational.org/lsidocs/Disourse%20on%20prostitution%20and%20human%20trafficking%20in%20the%20context%20of%20UEFA%20EURO%202012.pdf Zugegriffen: 13. März 2021 und Heike Zurhold, „Interaktionen in der Sexarbeit: Gesundheitsförderung und Empowerment für Beschaffungsprostituierte", in *Risiko mindern beim Drogengebrauch. Gesundheitsförderung, Verbrauchertipps, Beratungswissen, Praxishilfen*, hg. Jan-Hendrik Heudtlass und Heino Stöver (Frankfurt a. M.: Fachhochschul-Verlag, 2002), 104 – 119.

des bürgerlichen Rahmens und damit „außerhalb der Norm“ zu bewegen. Sexarbeit ist auch deshalb so ein vielgestaltiges Phänomen, da sie in ganz verschiedenen Formen auftreten kann: Das Spektrum reicht von Armuts- und Beschaffungsprostitution bis zur selbstbestimmt und versichert arbeitenden Sexarbeiterin mit allen nur vorstellbaren Schattierungen dazwischen.

In der theologischen Ethik existieren nur wenige Auseinandersetzungen mit diesem Themenfeld, dies gilt für wissenschaftliche Veröffentlichungen ebenso wie für Stellungnahmen der EKD, es existieren lediglich einige kürzere Stellungnahmen und Positionspapiere kirchlicher Frauenverbände und des Diakonischen Werkes der EKD.

In der protestantischen Sexualethik besteht wie oben gezeigt, eine gewisse Übereinstimmung, „dass die Abspaltung der Sexualität von der Personalität eines Menschen als problematisch zu bewerten ist und Sexualität deshalb nach Möglichkeit innerhalb verbindlicher, monogamer Beziehung gelebt werden sollte“[54]. All diese Merkmale treffen auf Sexarbeit gerade nicht zu. Doch was bedeutet das für den Umgang mit dem Phänomen? Genügt es, Prostitution zu ächten, da sie etwa mit dem kategorischen Imperativ unvereinbar scheint? Und welche Folge hätte dies dann für die Menschen, die in der Sexarbeit tätig sind? Prostitution bedeutet, dass Formen von Sexualität und Körperlichkeit zur Ware werden, die gegen Geld verkauft wird, das kann physische und psychische Auswirkungen für die Betroffenen haben. 2002 wurde das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten verabschiedet, welches auf eine Entkriminalisierung der Prostitution abzielte. Zudem besteht für Sexarbeiter*innen Zugang zu den sozialen Sicherungssystemen. Die bisherigen Erfahrungen zeigen jedoch, dass die Erwartungen, die sich mit dieser Gesetzesinitiative verbunden hatten, nur zu einem kleinen Teil eingelöst werden konnten.

Wie kann nun eine in evangelischer Perspektive verantwortungsvoll gestaltete Prostitutionspolitik aussehen?

> Es ist in der Debatte um käufliche Sexualität nicht immer leicht, eindeutige Entscheidungen zu treffen. Auf der einen Seite erscheint es aus evangelischer Perspektive problematisch, dass Sexualität als Ware und als käufliches Objekt behandelt wird. Sexualität ist grundsätzlich nicht nur auf den Körper zu reduzieren, sondern hat immer etwas mit der Seele und Personalität eines Menschen zu tun. Andererseits reklamieren Vertreterinnen der Hurenbewegung, dass es durchaus möglich sei, eine selbstbestimmte Sexarbeiterin zu sein, die weder Unmündigkeit noch Ausbeutung erlebt.[55]

54 Nathalie Eleyth, „Prostitution – (K)ein Thema für Theologie und Kirche?“, in *Evangelische Theologie 73/5* (2013): 391–98, 395.
55 Eleyth, Prostitution – (K)ein Thema für Theologie und Kirche? (s. Fn. 54), 397.

8 Zusammenschau und Ausblick

Sexualität kann nicht mehr nur entlang einer bipolaren Geschlechterachse definiert werden[56] – das hat sich seit der letzten besagten sexualethischen Veröffentlichung der EKD massiv verändert, im gesellschaftlichen wie im theologischen Diskurs.

Gottes Schöpfung muss also vielfältiger gedacht werden und kann nicht nur auf das Mann-Frau-Dual heteronormativ eingeschränkt werden. Zudem gilt, auch die eigene cis-geschlechtliche Tradition einer Kritik zu unterziehen.[57] Diese Anforderung lässt zurückblicken auf die sexualethischen Diskurse im Protestantismus und dreierlei konstatieren:

1. Evangelische sexualethische Diskurse reagieren in erster Linie auf gesellschaftliche und rechtliche Veränderungsprozesse, nur selten begleiten sie diese aktiv, nahezu nie stoßen sie diese an. Dabei stehen sie stets vor der Herausforderung, die eigene Botschaft der bedingungslosen Annahme von Menschen zu aktualisieren, ohne sich dabei vorwerfen zu lassen, lediglich dem Zeitgeist anheim zu fallen.
2. Evangelische sexualethische Diskurse üben nur langsam ein dialogisches Format des Ethiktreibens ein, zu groß ist immer noch an vielen Stellen die Versuchung mehr über denn mit Menschen zu sprechen.
3. Geschlechterrollenstereotype rund um sexuelle Bedürfnisse und Begehren haben sich sehr verändert und können in weiten Teilen aufgegeben werden.

Abschließend soll nun noch einmal auf das Konzept der Verhandlungsmoral oder Konsensmoral geblickt werden. Die Moral in puncto Sexualität ist nicht überflüssig geworden, aber sie hat sich verändert.

> Der Fokus liegt nicht mehr auf der Bewertung der jeweiligen sexuellen Praxis, auch nicht auf der konkreten Sozialform, ob nun hetero-, homo- oder bisexuell, ehelich oder nicht-ehelich, entscheidend wird in der Gegenwart vielmehr der Konsens: Beide Beteiligte müssen dem Sexualakt freiwillig zustimmen.[58]

Das Recht reagiert heute deshalb ausgesprochen sensibel, wenn dieser Konsens nicht gehalten wird. Denken wir nur einmal daran, dass Vergewaltigung in der

---

56 Vgl. Isolde Karle, *Liebe in der Moderne: Körperlichkeit, Sexualität und Ehe* (Gütersloh: Gütersloher Verlagshaus: 2014), 103.
57 Vgl. Klaas Huizing, *Scham und Ehre: Eine theologische Ethik* (Gütersloh: Gütersloher Verlagshaus 2016), 270.
58 Karle, Liebe in der Moderne (s. Fn. 56), 103.

Ehe erst seit 1997 strafbar ist. Gerade evangelische Sexualethiker kritisieren die Verhandlungsmoral als „liberale Einwilligungsmodelle“ und bemängeln, dass hier die sexuelle Selbstbestimmung der entscheidende Maßstab werde. So macht Frank Surall darauf aufmerksam, dass dies nicht bedeutet, dass Handlungen deshalb schon gut seien.[59] Sven Lewandowski bemerkt kritisch: „Die Moral hat sich somit aus dem Bereich des Sexuellen und auf eine Position des formalen Konsenses zurückgezogen.“[60] Und Isolde Karle konstatiert, dass so sexuelle Begegnungen durch Kommunikation belastet und verunsichert werde: „Generell scheint Intimität nicht der beste Ort zu sein, um lange Verhandlungen zu führen und differenzierte Abstimmungen vorzunehmen.“[61]

Meines Erachtens jedoch sind Freiwilligkeit, Konsens und Gleichheit als Kriterien auch für eine evangelische Sexualethik konstitutiv.[62] Siegfried Keil betont deshalb auch, dass „Variationen des Liebesspiels, die in gegenseitiger Übereinstimmung geschehen“, nicht als Perversionen zu begreifen seien, „sondern nur die zwanghaften, ohne Rücksicht auf den Partner vollzogenen Handlungen“[63]. Zudem bietet das Finden eines Konsenses Möglichkeiten zur Demokratisierung von Intimbeziehungen. So können Verantwortung und Selbstfürsorge wahrgenommen werden und das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung gestärkt werden, um so sexistischen und patriarchalen Reststrukturen entgegenzuwirken.

Vielleicht kann dies dann dazu beitragen, einzulösen, was Reiner Anselm 2007 von einer evangelischen Sexualethik gefordert hat, nämlich Respekt vor der „Vielgestaltigkeit individueller Lebensentwürfe“[64].

59 Vgl. Surall, Ethik der Lebensformen (s. Fn. 5), 464.

60 Lewandowski, Sexualität in den Zeiten funktionaler Differenzierung (s. Fn. 19), 322.

61 Karle, Liebe in der Moderne (s. Fn. 56), 104.

62 Michael Haspel, „Sexualität, Sexualethik“, in *Evangelisches Soziallexikon* (Stuttgart: Kohlhammer, 2001), Sp. 1393 – 1402, 1397.

63 Siegfried Keil, „Evangelische Sexualethik und sexuelle Bildung“, in *Handbuch Sexualpädagogik und sexuelle Bildung*, hgg. Renate-Berenike Schmidt und Uwe Sielert (Weinheim/München/Basel: Beltz Juventa, 2008), 172.

64 Reiner Anselm, „Von der Öffentlichkeit des Privaten zu den individuellen Formen des familialen Zusammenlebens: Aspekte für eine evangelische Ethik der Familie“, in *Zeitschrift für Evangelische Ethik 51* (2007), 292 – 305, 301.

Literatur

Reiner Anselm, „Von der Öffentlichkeit des Privaten zu den individuellen Formen des familialen Zusammenlebens: Aspekte für eine evangelische Ethik der Familie“, in Zeitschrift für Evangelische Ethik 51 (2007), 292 – 305.

Theodor Bovet, Die Ehe. Das Geheimnis ist gross: Handbuch für Eheleute und ihre Berater (Tübingen: Katzmann, 1955).

Judith Butler, Die Macht der Gewaltlosigkeit: Über das Ethische im Politischen (Berlin: Suhrkamp, 2020).

Judith Butler, Das Unbehagen der Geschlechter (Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1991).

Peter Dabrock, Renate Augstein, Cornelia Helfferich, Stefanie Schardien und Uwe Sielert (hgg.), Unverschämt – schön. Sexualethik: evangelisch und lebensnah (Gütersloh: Gütersloher Verlagshaus, 2015).

Peter Dabrock, „Biblisch orientierter Pluralismus: Worum es der evangelischen Sexualethik geht“, in Herder Korrespondenz Spezial 2 (2014): 7 – 11.

Rüdiger K. Durth, „160 Seiten Orientierungslosigkeit – Folgt nun bald eine Denkschrift der EKD zur Familie?“, in Homiletische Monatshefte 89 /1 (2013).

Nathalie Eleyth, „Prostitution – (K)ein Thema für Theologie und Kirche?“, in Evangelische Theologie 73/5 (2013): 391 – 98.

Erbitterter Streit um kirchlichen Segen für Homosexuelle und die Anerkennung „eheähnlicher Partnerschaften“, epd-Dokumentation Nr. 13/97, 10. März 1997.

Evangelische Kirche in Deutschland (Hg.), Mit Spannungen leben. Eine Orientierungshilfe des Rates der EKD zum Thema „Homosexualität und Kirche“ (Hannover: EKD, 1996).

Evangelische Kirche in Hessen und Nassau, Zum Bilde Gottes geschaffen: Transsexualität in der Kirche (Darmstadt: Evangelische Kirche in Hessen und Nassau, 2018).

Klaus Fitschen, Liebe zwischen Männern? Der deutsche Protestantismus und das Thema Homosexualität (Leipzig: Evangelische Verlagsanstalt, 2018).

Guido N. Groeger, Angst und Freude der Geschlechtsentwicklung (Nürnberg: Laetare-Verlag, 51954).

Michael Haspel, „Sexualität, Sexualethik“, in Evangelisches Soziallexikon (Stuttgart: Kohlhammer, 2001), Sp. 1393 – 1402.

Klaas Huizing, Scham und Ehre: Eine theologische Ethik (Gütersloh: Gütersloher Verlagshaus 2016).

Idea-Dokumentation 17/96 Sexualethik in der Diskussion: Die evangelische Kirche und ihre Haltung zu Ehe und Sexualität.

Claudia Janssen, „Lebendig als Du: Die Orientierungshilfe und die Bibelwissenschaft“, in Zeitzeichen – Evangelische Kommentare zu Religion und Gesellschaft https://familienpapier.evangelisch.de/debattenbeitraege/lebendig-als-du-die-orientierungshilfe-und-die-bibelwissenschaft-51.

Isolde Karle, „‚Für alle‘. Die Wandlungsfähigkeit des reformatorischen Ehemodells“, in Reformation heute Bd. V: Menschenbilder und Lebenswirklichkeiten „Für alle“, hgg. Bernd Oberdorfer und Eva Matthes (Leipzig: Evangelische Verlagsanstalt 2019).

Isolde Karle, „Sex – Liebe – Leidenschaft: Eine Auseinandersetzung mit Eva Illouzs Analyse spätmoderner Beziehungsformen“, Evangelische Theologie 73/5 (2014): 376 – 90.

Isolde Karle, Liebe in der Moderne: Körperlichkeit, Sexualität und Ehe (Gütersloh: Gütersloher Verlagshaus, 2014).

Isolde Karle, „Da ist nicht mehr Mann noch Frau …“: Theologie jenseits der Geschlechterdifferenz (Gütersloh: Gütersloher Verlagshaus 2006), 256 – 57.

Siegfried Keil, „Was wir damals noch nicht schreiben durften/konnten – Die sexualethische Denkschrift von 1971 in der Rückschau eines Beteiligten“, Evangelische Theologie 73/5 (2013): 353 – 63.

Siegfried Keil, „Evangelische Sexualethik und sexuelle Bildung“, in Handbuch Sexualpädagogik und sexuelle Bildung, hgg. Renate-Berenike Schmidt und Uwe Sielert (Weinheim/München/Basel: Beltz Juventa, 2008).

N. Kennedy, Gefangene der Lexika: Kulturelle Cis-Geschlechtlichkeit und Trans-Kinder, in Normierte Kinder. Effekte der Geschlechternormativität auf Kindheit und Adoleszenz, hgg. E. Schneider und C. Baltes-Lhr (Bielefeld: Transcript, 2015), 321 – 38.

Hartmut Kreß, „Im Prinzip Ja und Nein. Die EKD-Schrift zu Homosexualität hat keine klare Linie“, Evangelische Kommentare. Monatsschrift zum Zeitgeschehen in Kirche und Gesellschaft 29 (1996): 292 – 93.

Godwin Lämmermann, Wenn die Triebe Trauer tragen. Von der sexuellen Freiheit eines Christenmenschen (München: Claudius, 2002).

Sven Lewandowski, Sexualität in den Zeiten funktionaler Differenzierung: Eine systemtheoretische Analyse (Bielefeld: Transcript, 2004).

Torsten Meireis, „Ethik des Sozialen“, in Handbuch der Evangelischen Ethik, hgg. Wolfgang Huber, Thorsten Meireis und Hans-Richard-Reuter (München: Beck, 2015).

L. Prüll, „Das Unbehagen am transidenten Menschen: Ursprünge, Auswirkungen, Ausblick“, in Transsexualität in Theologie und Neurowissenschaft, hg. Gerhard Schreiber (Berlin: De Gruyter, 2016), 256 – 93.

Christoph Raedel, Gender: Von Gender-Mainstreaming zur Akzeptanz sexueller Vielfalt (Gießen: Brunnen Verlag GmbH, 22017).

Hermann Ringeling, Beiträge zu Fundamental- und Lebensethik, 3. Bd., (Freiburg, Schweiz: Universität-Verlag, 1994).

Renate-Berenike Schmidt, Lebensthema Sexualität: Sexuelle Einstellungen, Erfahrrungen und Karrieren jüngerer Frauen (Opladen: Leske + Budrich, 2003).

Gerhard Schreiber, „Vorwort“, in Das Geschlecht in mir. Neurowissenschaftliche, lebensweltliche und theologische Beiträge zu Transsexualität, hg. Gerhard Schreiber (Berlin: De Gruyter, 2019), XI–XIV.

Gerhard Schreiber, „Ein Gotteskind braucht kein Geschlecht“, in Gender im Disput. Dialogbeiträge zur Bedeutung der Genderforschung für Kirche und Theologie, hg. Jantine Nierop (Hannover: creo-media GmbH, 2018), 96 – 107.

Martina Schuster und Almut Sülzle und Agnieszka Zimowska, „Discourse on prostitution and human trafficking in the context of UEFA EURO 2012: Academic study of discourse and campaigns in the run-up to the 2012 European Football Championship finals as the basis for advising decision-makers“, UEFA, http://lastradainternational.org/lsidocs/Disourse%20on%20prostitution%20and%20human%20trafficking%20in%20the%20context%20of%20UEFA%20EURO%202012.pdf. Zugegriffen: 13. März 2021.

Frank Surall, „Ethik der Lebensformen“, in Handbuch der Evangelischen Ethik, hgg. Wolfgang Huber, Torsten Meireis und Hans-Richard Reuter (München: Beck, 2015), 451 – 516.

Caroline Teschmer und Jula Well, „Nicht der Norm entsprechen. Die Konstruktion einer Transidentität und ihre seelsorgerliche Begleitung“, in Evangelische Theologie 78/1 (2018), 49 – 58.

Hartmut Tyrell, „Ehe und Familie – Institutionalisierung und Deinstitutionalisierung“, in Die „postmoderne“ Familie: Familiale Strategien und Familienpolitik in einer Übergangszeit, hgg. Kurt Lüscher und Franz Schultheis und Michael Wehrspaun (Konstanz: Universitätsverlag, ^{2}1990), 145 – 56.

„Verlässlichkeit und Verantwortung stärken. Eine Stellungnahme des Kirchenamtes der EKD“, in epd-Dokumentation Nr. 9/00, 22. Februar 2000.

Heike Walz, „Gegen den Strom schwimmen: Feministische Theologie und Theologische Geschlechterforschung im samtenen Dreieck von Gesellschaft, Kirche und Wissenschaft“, in Theologie in Freiheit und Verbindlichkeit: Profile der Kirchlichen Hochschule Wuppertal-Bethel, hg. Henning Wrogemann (Neukirchen-Vluyn: Neukirchener, 2012), 183 – 211.

Heike Zurhold, „Interaktionen in der Sexarbeit: Gesundheitsförderung und Empowerment für Beschaffungsprostituierte“, in Risiko mindern beim Drogengebrauch. Gesundheitsförderung, Verbrauchertipps, Beratungswissen, Praxishilfen, hg. Jan-Hendrik Heudtlass und Heino Stöver (Frankfurt a. M.: Fachhochschul-Verlag, 2002), 104 – 119.

Florian Priesemuth, Leipzig

Recht auf Suizid?

Gesetzgebung und -interpretation im Urteilen

Ob die Beurteilung des Suizids innerhalb oder außerhalb der Gesetzgebung liegen sollte, ist eine zentrale rechtsethische Frage in der aktuellen Debatte über eine gesetzliche Neuregelung der Sterbehilfe. Mit seinem Urteil vom 26. Februar 2020 hat das Bundesverfassungsgericht nicht nur das Gesetz zum Verbot geschäftsmäßiger Sterbehilfe für nichtig, sondern in seiner Begründung auch die Möglichkeit zur Selbsttötung für verfassungsgemäß erklärt. Die Kirchen in Deutschland reagierten schockiert. Der somit höchstrichterlich außer Kraft gesetzte Paragraph 217 des Strafgesetzbuches war schließlich auch mit dem Wohlwollen der Kirchen 2015 vom Gesetzgeber verabschiedet worden. Die Haltung der Kirchen zum Suizid ist seit einiger Zeit differenzierter als ihre jahrhundertelange Verurteilung der Selbsttötung vermuten lässt. In der gemeinsamen Erklärung der deutschen Bischofskonferenz mit der Evangelischen Kirche in Deutschland heißt es: Der Christ „kann diese Tat im letzten nicht verstehen und nicht billigen – und kann dem, der so handelt, seinen Respekt doch nicht versagen. Eine Toleranz gegenüber dem anderen noch über das Verstehen seiner Tat hinaus ist dabei gefordert. Doch Selbsttötung billigen und gutheißen kann der Mensch nicht, der begriffen hat, daß er nicht nur für sich lebt.“[1] Entsprechend klangen auch die Reaktionen auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts 2020.[2]

Innerhalb der evangelischen Kirche und in einer breiteren Öffentlichkeit ist das Thema Suizid seit Anfang des Jahres 2021 noch einmal neu diskutiert worden.[3] In dem Vorschlag, Kirche und Diakonie könne und sollte eine besondere Rolle in der Suizidbegleitung spielen, spricht sich auch eine theologische Anerkennung

---

1 Gemeinsame Erklärung des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland und der Deutschen Bischofskonferenz, *Gott ist ein Freund des Lebens. Herausforderungen und Aufgaben beim Schutz des Lebens,* VI. 5. c). Vgl. auch die Textsammlung „Sterbebegleitung statt aktiver Sterbehilfe“, hg. v. Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland/Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, 2. Aufl. 2011. Weitere Verlautbarungen der EKD zum Thema sind: *Im Geist der Liebe mit dem Leben umgehen* (2002); *Wenn Menschen sterben wollen. Eine Orientierungshilfe zum Problem der ärztlichen Beihilfe zur Selbsttötung* (2008) sowie: *Sterben in Würde – Beihilfe zum Suizid* (2014).

2 Zum Wortlaut der gemeinsamen Erklärung der Vorsitzenden der EKD und der Deutschen Bischofskonferenz zum Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung: https://www.ekd.de/gemeinsame-erklaerung-dbk-und-ekd-zum-urteil-selbsttotung-53539.htm.

3 Reiner Anselm, Isolde Karle und Ulrich Lilie, „Den assistierten professionellen Suizid ermöglichen“, *FAZ* (11. 1. 2021).

 https://doi.org/10.1515/9783110784985-009

der Selbsttötung als Freiheitsrecht aus. Die inner- wie außertheologische Kritik daran ließ nicht lange auf sich warten.[4]

Es soll im Folgenden nun nicht darum gehen, diese Debatte mit einem weiteren Beitrag zu befeuern. Mich interessiert exemplarisch an diesem Urteil die notwendige Interpretationsoffenheit des Verfassungsrechts und seine Interpretation durch das Bundesverfassungsgericht. Die letzte Verfügungsgewalt über das Leben des eigenen Körpers dient mir damit als Beispiel für die Reichweite des Verfassungsrechts, dessen Auslegungspraxis und ihrer bleibende Akzeptanz- und Begründungsbedürftigkeit. Diese Auslegungspraxis ethisch zu reflektieren soll als eine der Aufgaben protestantischer Rechtsethik herausgestellt werden.

Ich möchte dazu zeigen, dass die Frage nach dem Recht auf Suizid (1.) als eine rechtsethische Frage über das geltende Recht hinausweist. Weiter will ich (2.) die Rolle der evangelischen Kirche in der Urteilsfindung untersuchen. Abschließend möchte ich (3.) auch mit Blick auf das umstrittene Selbstverständnis der evangelischen Kirche in ihrem Verhältnis zur politischen Öffentlichkeit nach der Aufgabe protestantischer Rechtsethik fragen.

1 Rechtsauslegung als Rechtssetzung?

Ausgehend von dem bereits genannten Verfahren beginne ich (1.) mit einigen Bemerkungen dazu, wie Suizid in Deutschland von geltendem Recht erfasst wird. Das Begehen von Suizid ist straffrei. Im Strafgesetzbuch regeln die „Straftaten gegen das Leben“ die Gewaltanwendungen gegen andere Menschen. Die Mitwirkung an der Selbsttötung kann dabei differenziert werden zwischen aktiver und passiver Sterbehilfe, wobei bei aktiver Sterbehilfe weiter zwischen strafbarer Tötung auf Verlangen und strafloser Beihilfe zum Suizid unterschieden wird. Eine Straftat gegen das eigene Leben gibt es nicht. Soll daher gelten: Was nicht verboten ist, ist erlaubt?

Das Grundgesetz sieht ein Recht auf Suizid nicht explizit vor. Das oben genannte Gerichtsurteil erklärt es durch Grundgesetzinterpretation.[5] Aus Art. 1 und 2 des Grundgesetzes folgt für das Bundesverfassungsgericht, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit zum Suizid zulassen muss. Ich zitiere aus den Leitsätzen: „Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst als

4 Unter anderen nenne ich hier nur: Peter Dabrock und Wolfgang Huber, *FAZ* (25.1.2021). Eine Übersicht über die Diskussion mit eigener Positionierung bietet: Ulrich H. J. Körtner, „Dem Leben dienen – bis zuletzt. Die Debatte zur Suizidbeihilfe und der Auftrag der Diakonie“ vom 01.02.2021, https://www.zeitzeichen.net/node/8835.

5 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15.

Ausdruck persönlicher Autonomie ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben." Sowie: „Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben schließt die Freiheit ein, sich das Leben zu nehmen. Die Entscheidung des Einzelnen, seinem Leben entsprechend seinem Verständnis von Lebensqualität und Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz ein Ende zu setzen, ist im Ausgangspunkt als Akt autonomer Selbstbestimmung von Staat und Gesellschaft zu respektieren." Dieser in der Grundgesetzkommentierung bisher umstrittene Punkt in der Urteilsbegründung des Gerichts ist bemerkenswert.[6] Er zeigt die Reichweite der Verfassungsinterpretation des Bundesverfassungsgerichts ebenso wie seine außerordentliche Autorität.

Geltendes Recht wird durch Verfassungsrecht normiert. Das Bundesverfassungsgericht dient der Verfassung durch seine Spruchpraxis. Es aktualisiert dadurch fortwährend die bleibende Geltung der Verfassung. Die Grundrechte sind dabei längst nicht mehr nur Abwehrrechte gegenüber staatlicher Gewalt, sondern normieren das gesamte Recht. Sämtliche Rechte werden damit insbesondere durch das Instrument der Verfassungsbeschwerde auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfbar. Das ist natürlich zunächst nur eine Möglichkeit. Nicht jedes Recht und nicht jede richterliche Entscheidung wird daraufhin überprüft. Aber allein die Möglichkeit führt zu einer chronischen Überlastung des Gerichts und veranschaulicht die Reichweite seiner Entscheidungen.

Wichtig ist festzuhalten, dass das Bundesverfassungsgericht wie alle Gerichte nur durch konkrete Anklagen tätig wird. Anders als andere Verfassungsorgane ist damit eine Beschränkung in die Verfassungsinterpretation eingetragen. Das Gericht prüft die Verfassungsmäßigkeit eines Rechts oder eines Urteilsspruchs nicht aus eigenem Antrieb. Dafür aber mit letzter Interpretationshoheit. In seiner Autorität ist es unter den Verfassungsorganen besonders privilegiert. Eine Widerspruchsmöglichkeit gegen seine Urteile ist nicht vorgesehen.

Im konkreten Fall ist nun der Gesetzgeber durch die Verfassungsinterpretation des Gerichts daran gebunden, sterbewilligen Menschen die Möglichkeit zum Suizid zu geben. Eine solche Möglichkeit sah das Gericht durch §217 StGB nicht mehr als gegeben an. Die damit geforderte Ermöglichungsbedingung ist ein Recht auf Suizid.

Aufgrund der vorrangigen Geltung des Grundgesetzes und dessen Ausdehnung durch Urteile des Bundesverfassungsgerichts braucht es kein zusätzliches Gesetz, das dieses Recht explizit macht. Der Verfassungsgeber wird gewissermaßen vertreten durch die Verfassungsinterpretation. Das führt insbesondere bei

---

6 Dazu die Rn. 209: „Das Recht, sich selbst das Leben zu nehmen, stellt sicher, dass der Einzelne über sich entsprechend dem eigenen Selbstbild autonom bestimmen und damit seine Persönlichkeit wahren kann". Es folgt in der Urteilsbegründung eine Übersicht der einschlägigen Kommentarliteratur.

ethisch umstrittenen Entscheidungen zu Akzeptanzproblemen. Das Gericht bemüht sich daher grundsätzlich um Konsensorientierung und Nachvollziehbarkeit seiner Begründungen.

Wie jede Verfassungsauslegung ist auch die Entscheidung zum Verbot von §217 StGB begründungsbedürftig. Nicht nur hinsichtlich der Länge auch in der Art der Urteilsbegründung unterscheidet sich das Bundesverfassungsgericht von anderen Gerichten. Das hat mit der spezifischen Zwischenstellung dieses Gerichts zwischen Politik und Recht zu tun, die über einen rein juristischen Begründungsstil hinausführt. Natürlich urteilt das Gericht über Recht. Unter anderem in seiner Besetzung wird aber auch die politische Seite seiner Tätigkeit deutlich. Wird das Gericht aber dabei gewissermaßen auch gesetzgebend?

Wenn nun das Bundesverfassungsgericht ein Recht auf Suizid im Grundgesetz annimmt und vom Gesetzgeber fordert ein solches zu achten, agiert es dann nicht als normgebende Instanz? Dieser Eindruck drängt sich insbesondere für diejenigen auf, die sich in dieser Frage für eine alternative Grundgesetzauslegung aussprechen.

Im Jahr 2002 hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ein Urteil gefällt, dass Suizidassistenz aufgrund der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht einklagbar sei.[7] Das Gericht entschied gegen Diane Pretty, die eine Unterstützung ihres Suizids durch ihren Ehemann wünschte. Sie klagte gegen das nationale Recht, um ihrem Ehemann rechtlich zuzusichern, dass sich dieser durch seine Mitwirkung an ihrem Tod in Großbritannien nicht strafbar machen würde. Die Klage hatte keinen Erfolg. Unter anderem aus dem Recht auf Leben (Artikel 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention) und dem Recht auf Schutz der Privatsphäre (Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention) ergibt sich für den Gerichtshof kein Recht auf Beihilfe zur Selbsttötung oder einer Tötung auf Verlangen.

Dieser Vergleich der deutschen Verfassungsrechtsprechung mit einem Beispiel aus der Völkerrechtsprechung zeigt noch einmal, wie weitreichend die Auslegung des deutschen Urteils ist. Es hat nicht nur die Straffreiheit der Beihilfe zum Suizid betont, sondern den Suizid als Schutzgut in die Verfassungsinterpretation eingetragen.

Die Kirchen in Deutschland haben in ihren Stellungnahmen im Verfahren beim Bundesverfassungsgericht anders votiert und eine von dessen Urteil abweichende Normenabwägung vorgenommen. Ich komme damit (2.) zur Rolle der Kirchen in der Urteilsfindung.

---

7 Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Kammer IV, Beschwerdesache Pretty gegen das Vereinigte Königreich, Urteil vom 29.4.2002, Bsw. 2346/02.

2 Grundgesetzauslegung der Evangelischen Kirche in Deutschland

Das Bundesverfassungsgericht hat den Kirchen in den Verfahren, die dem genannten Urteil vorangegangen sind, die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt.[8] Wie hat die evangelische Kirche argumentiert? Und warum wurde sie überhaupt gefragt?

Darüber, wer eine Stellungnahme abgeben kann, entscheidet das Bundesverfassungsgericht. Gemäß BVerfGG §27a kann „sachkundigen Dritten" die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt werden. Es ist damit keineswegs selbstverständlich, dass die Evangelische Kirche die Gelegenheit zu einer Äußerung erhält. Wie hat sie sich nun aber als sachkundig erwiesen? In seinem Urteil formuliert das Gericht eine Zusammenfassung der Stellungnahme, die ich hier vollständig zitiere:[9]

„Die christlichen Religionsgemeinschaften erkennen auf der Grundlage des christlichen Menschenbildes, wonach jedem Menschen unabhängig von seiner Leistungsfähigkeit, seiner Vernunftbegabung oder seines gesellschaftlichen und volkswirtschaftlichen Nutzens allein aufgrund seines Menschseins eine unantastbare Würde zukomme, zwar ein Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen an. Diese Selbstbestimmung umfasse aber kein absolutes Verfügungsrecht über das eigene Leben. Die Autonomie des Grundrechtsträgers finde ihre Grenze in der individuellen physischen Existenz des Menschen. Eine zielgerichtete Vernichtung des eigenen Lebens sei deshalb kein Ausdruck möglicher Persönlichkeitsentfaltung und somit grundrechtlich nicht geschützt.

Die Garantie der Menschenwürde scheide als rechtliches Fundament eines Rechts zur Selbsttötung von vornherein aus, da der Suizident sich durch die Tötung der vitalen Basis der Menschenwürde beraube. Der grundgesetzlich geschützte Gehalt der Menschenwürde dürfe ferner deshalb nicht auf absolute Autonomie des Einzelnen verkürzt werden, weil die Menschenwürde gerade auch Menschen zukomme, die nicht (mehr) zur Selbstbestimmung fähig seien. Dem durch Art. 1 Abs. 1 GG normativ gesetzten Menschenbild wohne als Grundlage einer humanen Verfassungsgemeinschaft ein Moment objektiver Menschenwürde inne, das nicht zur Disposition des Einzelnen stehe.

8 Das Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) hat mir dankenswerterweise eine Kopie der gemeinsamen Stellungnahme mit der Deutschen Bischofskonferenz zur Verfügung gestellt.

9 BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15, Rn. 146 – 148.

Selbst wenn aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ein verfassungsrechtlicher Schutz der freiverantwortlichen Selbsttötung abzuleiten sein sollte, komme ein solches Recht auf Suizid nicht einem Recht auf Suizidhilfe gleich. Nur Letzteres sei aber durch § 217 StGB beeinträchtigt, weil die Regelung den Suizid als solchen nicht unter Strafe stelle."

Die Zusammenfassung der Stellungnahme im Urteil des Gerichts zielt auf das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen, was hinsichtlich seines Urteils nachvollziehbar ist, das ja genau auf diesen Punkt abstellt, um den Suizid rechtlich zu schützen.

Zur Verhältnisbestimmung von Würde und Selbstbestimmung formuliert die Stellungnahme der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD) vom September 2016 wie folgt: „Der unantastbaren Würde eines jeden Menschen entspricht seine Selbstbestimmung (...) Nach christlicher Auffassung bedeutet Selbstbestimmung das Leben selbst zu gestalten und es zugleich vor sich, vor anderen und vor Gott zu verantworten. So verstanden führt Selbstbestimmung nicht zu einem absoluten Verfügungsrecht über das eigene Leben – und damit auch nicht über das eigene Sterben. Die Selbsttötung kann daher nicht als Freiheitsverwirklichung schlechthin gutgeheißen werden; erst recht dürfen Selbsttötungen nicht gefördert werden."[10]

Diese Passage aus der kurzen Einleitung fasst das Beweisziel der Stellungnahme zusammen. Selbstbestimmung ist aus Sicht der Evangelischen Kirche in Deutschland nicht absolut, sondern in ihrer Relation auf Gott und andere Menschen beschränkt. Ein solches Verständnis von Selbstbestimmung schließt ein Recht auf Suizid nicht ein, was dann in einer ausführlichen rechtlichen Würdigung dargelegt wird. Ich greife weiter aus der Stellungnahme den Passus heraus, der hinsichtlich der Verfassungsinterpretation die entscheidende Differenz zur Auffassung des Bundesverfassungsgerichts markiert:

Es könne „bei verfassungsrechtlicher Betrachtung die allgemeine Verhaltensfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG als rechtliche Grundlage eines freiverantwortlichen Suizids in Betracht kommen. (...) Ein grund- und europarechtlich verbrieftes Recht, sich bei der Erfüllung eines etwaigen Sterbewunsches von anderen unterstützen zu lassen, gibt es nicht. Ganz überwiegend erfährt diese Position Zustimmung, soweit sie einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf Suizidhilfe ausschließt. Der Einzelne kann weder von anderen Privatpersonen noch von den

10 Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland (EKD), Stellungnahme in den Verfahren über die Verfassungsbeschwerden 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2.

beschwerdeführenden Vereinen noch vom Staat eine Förderung seiner Suizidpläne verlangen.“[11]

Auch zu Fragen der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerden sowie zur Legitimität, Eignung, Erforderlichkeit, Angemessenheit und Bestimmtheit des § 217 StGB finden sich in der Stellungnahme umfangreiche Darlegungen, die für unseren Zusammenhang hier nicht im Einzelnen gewürdigt werden müssen. In ihrer Beurteilung der vom Bundesverfassungsgericht gestellten Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des § 217 enthält die Stellungnahme eine sachkundige Antwort. Der Schutz des Suizids durch das Grundgesetz sei an einer Interpretation der allgemeinen Handlungsfreiheit zu prüfen. In dieser Auslegungsfrage kommt die Stellungnahme vor dem Hintergrund eines christlichen Freiheitsverständnisses aber auch hinsichtlich einer juristisch umstrittenen Beurteilung des Suizids zu einem anderen Ergebnis als das Urteil des Bundesverfassungsgerichts.

Dass das Bundesverfassungsgericht von der Verfassungsauslegung der Kirchen in ihren Stellungnahmen in dieser Deutlichkeit abweicht, ist mit Blick auf andere Urteile nicht die Regel. War das Gericht bei verschiedenen Themen wie der Beurteilung von gesetzlichen Feiertagen,[12] dem Zusammenhang Staatsangehörigkeit und Vaterschaft,[13] dem Ausschluss ausländischer Staatsangehöriger, denen der Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen erlaubt ist, vom Bundeserziehungsgeld und vom Bundeselterngeld[14] der Argumentation der Kirchen gefolgt, weicht es nun deutlich davon ab.[15]

3 Aktuelle Herausforderungen theologischer Rechtsethik

Für die theologische Rechtsethik rührt (3.) diese Entscheidung an ihr Selbstverständnis. Sollte es aus theologischer Perspektive darum gehen, die Verfassung, Gesetze und Gesetzgebung lediglich kritisch zu begleiten? Oder bedarf es einer theologischen Begründung des Rechts, die sich nicht auf die Rolle eines Beob-

11 Kirchenamt der EKD, Stellungnahme (s. Fn. 8), 6. Die Stellungnahme verweist hierbei auf eine Reihe von Gerichtsurteilen und Kommentarliteratur.

12 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 2016 – 1 BvR 458/10.

13 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 17. Juli 2019 – 2 BvR 1327/18.

14 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Juli 2012 – 1 BvL 2/10.

15 Beim seinerzeit umstrittenen Kruzifix-Urteil hatte der Landeskirchenrat der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern, nicht aber die Evangelische Kirche in Deutschland eine Stellungnahme abgegeben, deren Argumentation das Gericht nicht folgte. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16. Mai 1995 – 1 BvR 1087/91, Rn. 21.

achters einschränken lässt? Dass die Entscheidung zu einem Problem des Selbstverständnisses theologischer Rechtsethik wird, setzt eine sehr enge Bindung der theologischen Rechtsethik an das geltende Verfassungsrecht voraus. Wolfgang Huber beschreibt diese Bindung als der Spannung von Rechtsloyalität und Rechtsreform:

> Die Solidarität mit der faktisch jeweils vorgefundenen Rechtsordnung kann ... immer nur den Charakter einer kritischen Loyalität haben, die Mißstände aufdeckt und zu überwinden sucht und an der Verbesserung der rechtlichen Gestaltungsinstrumente arbeitet. Im Blick auf die Verfassung als Kernbestand der Rechtsordnung läßt sich ... diese kritische Loyalität in zwei Richtungen beschreiben. Ihr Thema ist zum einen die Kluft zwischen Verfassungsanspruch und Verfassungswirklichkeit. Thema der kritischen Loyalität ist zum andern die Arbeit an der Verbesserung der Rechts- bzw. der Verfassungsnormen selbst.[16]

Die Beurteilung des Suizids gibt Anlass das Verhältnis von Protestantismus und Verfassungsauslegung im Sinne einer produktiven Auseinandersetzung zu aktualisieren. Dabei kann auch die theologische Rechtsethik ihr Vorgehen noch einmal überprüfen und darauf befragen, inwieweit ihr Beitrag ein spezifisch theologischer ist. Darin liegt dann auch ihr genuiner Beitrag zu einer die öffentlichen Interessen wahrenden Verfassungsrechtsprechung.

Das theologische Kriterium der Rechtsbeurteilung ist häufig ein bestimmtes Verständnis von Menschenwürde.[17] Beispielhaft ist das oben bereits an der Stellungnahme der Evangelischen Kirche in Deutschland deutlich geworden, die ihr Verständnis von Menschenwürde als theologischen Ausgangspunkt bei ihrer Verfassungsauslegung explizit macht.

In der Debatte um eine mögliche Suizidassistenz der Diakonie und Kirche, darauf hatte ich eingangs kurz hingewiesen, gibt es auch Stimmen, die gerade die durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts betonte Handlungsfreiheit auch aus protestantischer Sicht stark machen. Dabei geht es weder dem Gericht noch der Theologie um eine Abwertung der Menschenwürde. Ob ein theologisches Freiheitsverständnis allerdings den Suizid einschließen kann, ist fraglich. Bereits im Begriff der Selbstbestimmung sieht der emeritierte Marburger Systematische Theologe Dietrich Korsch hier einen Widerspruch darin, dass

---

16 Wolfgang Huber, *Gerechtigkeit und Recht. Grundlinien christlicher Rechtsethik* (Gütersloh: Gütherloher Verlagshaus, ²1999), 147.

17 So bei Hartmut Kreß, *Ethik der Rechtsordnung. Staat, Grundrechte und Religionen im Licht der Rechtsethik* (Stuttgart: Kohlhammer, 2012), 117–162. Vgl. auch Wolfgang Huber, *Gerechtigkeit und Recht* (s. Fn. 16), 222–286.

> Selbsttötung eine zwar mögliche Handlung ist, die sich aber der moralischen Beurteilung – ob gut oder schlecht, ob berechtigt oder unberechtigt – entzieht. Auf keinen Fall stellt sie den Ausgangspunkt oder gar den Inbegriff der Selbstbestimmung dar. Sie kommt nicht als Regel-, sondern als selbstwidersprüchlicher Grenzfall in Betracht.[18]

Neben dem seelsorgerlichen Anliegen der Begleitung von Sterbenden lässt sich der Vorstoß auch als Reflex einer bewusst gesuchten Nähe zur aktuellen Verfassungsauslegung lesen, die über neue Formen der Praxis im Umgang mit dem Sterbewunsch nachdenkt. Letztes Anliegen ist dringend geboten. Ersteres bedarf der Kritik, die der Bochumer Systematische Theologe Günter Thomas so formuliert:

> Für den Gesetzgeber ist die Deutung des BVerfG bindend. Für den pluralen Deutungsprozess der verschiedenen zivilgesellschaftlichen Akteure ist es aber weiterhin nur eine Deutung, die den moralisch-kulturellen Streit der Deutungen nicht beendet. Die Kirchen und die vielen anderen moralischen Akteure können und müssen auch in dieser Sache die normativen Gehalte des Grundgesetzes weiterhin selbständig erschließen und anhand ihrer eigenen (!) Ressourcen kontrovers diskutieren.[19]

Bezogen auf die gesetzliche Regelung von Suizidhilfe sollte auch der evangelischen Ethik im Interesse der Würde und der Freiheit der Suizidwilligen weiter an einer Lösung gelegen sein, die den betroffenen Personen Formen der Nächstenliebe nicht vorenthält. Die Orientierungshilfe „Leben hat seine Zeit und Sterben hat seine Zeit" des Rates der Gemeinschaft Evangelischer Kirchen in Europa (GEKE) hat im Blick auf die in den Ländern Europas sehr verschiedenen rechtlichen Regelungen festgehalten, dass es die Kirchen vermeiden sollten eine Wahl zu suggerieren „zwischen der Komplizenschaft bei der Selbsttötung und dem Verlassen des Patienten, der nach langer Rücksprache und Einschätzung seiner Situation entschlossen ist, bei seiner Entscheidung für die Selbsttötung zu bleiben."[20] Stattdessen sei es insbesondere in der Situation legalisierter Suizidbeihilfe „ein wahrer Ausdruck der christlichen Berufung Fürsorge und Mitgefühl zu zeigen

---

18 Dietrich Korsch, „Selbstwiderspruch der Selbstbestimmung. Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe stellt bei der Suizidhilfe die Weichen falsch", https://zeitzeichen.net/node/8191.

19 Günter Thomas, „Friendly fire". Eine evangelisch-theologische Stellungnahme zu „Den assistierten professionellen Suizid ermöglichen" (*FAZ* 11. 01. 2021, „Die Gegenwart") vom 18. 01. 2021, https://www.zeitzeichen.net/node/8775.

20 Gemeinschaft Evangelischer Kirchen in Europa (GEKE), Leben hat seine Zeit und Sterben hat seine Zeit. Eine Orientierungshilfe des Rats der GEKE zu lebensverkürzenden Maßnahmen und zur Sorge um Sterbende, Wien 2011, 95. Eine Übersicht über die Positionen der europäischen Kirchen bietet:*Mit dem Leben am Ende. Stellungnahmen aus der kirchlichen Diskussion in Europa zur Sterbehilfe*, hg.v. Stefanie Schardien (Göttingen: Edition Ruprecht, 2010).

für jene, die leiden, dass die Diakone, Seelsorger und Freiwilligen unserer Gemeinen einer schwerkranken und verzweifelten Person weiter beistehen und sie mit dem tröstenden Wort Gottes, Seelsorge und Gebeten begleiten und betreuen, auch wenn sie einen Pfad eingeschlagen hat, den Kirchen nicht als ethisch ideal und gut ansehen mögen."[21]

Ein theologisches Verständnis von Freiheit wird ein Recht auf Suizid nicht nachvollziehen können. Eine Begleitung von Sterbenden gehört hingegen zu den Grundüberzeugungen christlicher Ethik. Das schließt auch suizidwillige Menschen mit ein.[22]

Die Frage nach dem Selbstverständnis theologischer Rechtsethik ist verbunden mit der momentan umstrittenen Rolle der evangelischen Kirche in der politischen Öffentlichkeit.[23] Statt Einstimmigkeit der moralischen Verurteilung mahnt die Vielstimmigkeit der Perspektiven gerade auch in dieser Frage der Grenzbereiche des Umgangs mit dem menschlichen Körper zur Zurückhaltung im ethischen Urteilen. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist in diesem Fall einen Schritt weiter gegangen.

Literatur

Reiner Anselm, Isolde Karle und Ulrich Lilie, „Den assistierten professionellen Suizid ermöglichen", *FAZ* (11. 1. 2021).

Peter Dabrock und Wolfgang Huber, „Die Gegenwart", *FAZ* (25. 1. 2021).

Peter Dabrock, „Nicht nur moralisch, sondern sittlich. Warum eine protestantische Position zur Suizidbeihilfe Selbstbestimmung lebensschutzsensibel auslegen soll", https://www.zeitzeichen.net/node/8645.

Gemeinschaft Evangelischer Kirchen in Europa (GEKE), Leben hat seine Zeit und Sterben hat seine Zeit. Eine Orientierungshilfe des Rats der GEKE zu lebensverkürzenden Maßnahmen und zur Sorge um Sterbende, Wien 2011.

Wolfgang Huber, Gerechtigkeit und Recht. Grundlinien christlicher Rechtsethik (Gütersloh: Gütherslohr Verlagshaus, [2]1999).

Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland, Sterben in Würde – Beihilfe zum Suizid (2014).

21 GEKE, *Leben hat seine Zeit und Sterben hat seine Zeit* (s. Fn. 12), 96.

22 So auch: Peter Dabrock, „Nicht nur moralisch, sondern sittlich. Warum eine protestantische Position zur Suizidbeihilfe Selbstbestimmung lebensschutzsensibel auslegen soll", https://www.zeitzeichen.net/node/8645.

23 Der aktuelle Stand der Debatte ist prägnant beschrieben bei Arnulf von Scheliha, „Die Rolle der Kirchen im gesellschaftlichen und politischen Diskurs der Gegenwart", in: Ders., *Religionspolitik* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2018), 99 – 117.

Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland, Wenn Menschen sterben wollen. Eine Orientierungshilfe zum Problem der ärztlichen Beihilfe zur Selbsttötung (2008).
Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland, Im Geist der Liebe mit dem Leben umgehen (2002).
Kirchenamt der Evangelischen Kirche in Deutschland/Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, Gott ist ein Freund des Lebens. Herausforderungen und Aufgaben beim Schutz des Lebens (1989).
Dietrich Korsch, „Selbstwiderspruch der Selbstbestimmung. Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe stellt bei der Suizidhilfe die Weichen falsch“, https://zeitzeichen.net/node/8191.
Ulrich H. J. Körtner, „Dem Leben dienen – bis zuletzt. Die Debatte zur Suizidbeihilfe und der Auftrag der Diakonie“ vom 01. 02. 2021, https://www.zeitzeichen.net/node/8835.
Hartmut Kreß, Ethik der Rechtsordnung. Staat, Grundrechte und Religionen im Licht der Rechtsethik (Stuttgart: Kohlhammer, 2012).
Stefanie Schardien (Hg.), Mit dem Leben am Ende. Stellungnahmen aus der kirchlichen Diskussion in Europa zur Sterbehilfe (Göttingen: Edition Ruprecht, 2010).
Arnulf von Scheliha, „Die Rolle der Kirchen im gesellschaftlichen und politischen Diskurs der Gegenwart“, in: Ders., Religionspolitik (Tübingen: Mohr Siebeck, 2018).
Günter Thomas, „Friendly fire“. Eine evangelisch-theologische Stellungnahme zu „Den assistierten professionellen Suizid ermöglichen“ (*FAZ* 11. 01. 2021, „Die Gegenwart“) vom 18. 01. 2021, https://www.zeitzeichen.net/node/8775.

Thorsten Moos, Heidelberg

Autonomie des Leibes

1 Hinführung

Unter dem Stichwort *Autonomie des Leibes* will ich im Folgenden[1] das medizinethische und medizinrechtliche Konzept der Patientenautonomie neu unter die Lupe nehmen.[2] Bei dieser handelt es sich im doppelten Sinne um leibliche bzw. körperliche Autonomie: Auf der einen Seite besitzt eine natürliche Person das Recht auf Selbstbestimmung über ihren Körper; auf der anderen Seite ist es der Körper selbst, der als Träger dieses Rechtes auftritt. Die *Realisierung von Autonomie* ist nur körperlich möglich; und dadurch gerät der Körper in diejenige objektiv-subjektive Doppeldeutigkeit, die die Genitivkonstruktion *Autonomie des Leibes* anzeigt.

Eine genauere Untersuchung der körperlichen Realisierungsformen von Patientenautonomie lohnt aus zwei Gründen: zum einen, weil darüber empirisch nicht allzu viel bekannt ist; und zum anderen, weil eine solche Untersuchung Aufschlüsse erlaubt über diejenigen Grenzbereiche der Selbstbestimmung über den eigenen Körper, in denen das Konzept der Patientenautonomie eigentlich erst relevant wird – insbesondere an der Grenze zur Nichteinwilligungsfähigkeit. Diese Grenzbereiche haben in den letzten Jahren einige Aufmerksamkeit erfahren.[3] Ich will einiges davon hier zusammenführen, um mich in einer offenen Suchbewegung in diese Grenzbereiche weiter vorzutasten. Die folgenden Überlegungen sind dabei nicht medizinethisch im engeren Sinne; sie gehören vielmehr zu den Prolegomena zur Ethik.

Wenn ich von Autonomie spreche, meine ich nicht, im Anschluss an Immanuel Kant formuliert, praktische Selbstbestimmung durch die Vernunft, d. h. aus

1 Vortrag auf dem Workshop „Rechte des Körpers" am 19. 03. 2021. Der Vortragsstil ist weitgehend beibehalten.

2 Vgl. stellvertretend für die Vielzahl an Literatur die Beiträge in Claudia Wiesemann und Alfred Simon, Hg., *Patientenautonomie. Theoretische Grundlagen – praktische Anwendungen* (Münster: mentis, 2013).

3 Vgl. Thorsten Moos; Christoph Rehmann-Sutter und Christina Schües, Hg., *Randzonen des Willens. Anthropologische und ethische Probleme von Entscheidungen in Grenzsituationen*, Praktische Philosophie kontrovers 6 (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2016); Jan P. Beckmann, *Autonomie. Aktuelle ethische Herausforderungen der Gesellschaft* (Freiburg/ München: Alber, 2020).

 https://doi.org/10.1515/9783110784985-010

verallgemeinerbaren Gründen.[4] Die gegenwärtige Medizinethik ist, ebenso wie das Medizinrecht, wenig optimistisch hinsichtlich der Verallgemeinerbarkeit von Gründen.[5] „Autonomie" soll hier lediglich das Problem benennen, das Kant durch den Rekurs auf Vernunft zu lösen versuchte: Wann ist die Rede von Selbstbestimmung des Subjekts angemessen bzw. gerechtfertigt? Wann bestimmt sich ein Subjekt angesichts der Vielzahl von Abhängigkeitsverhältnissen, in denen es steht, tatsächlich *selbst?* „Autonomie" bezeichnet im Folgenden also *Selbstbestimmung, die in einem selbstbestimmungsproblematischen Kontext dennoch als ‚gültige' Selbstbestimmung behauptet sein soll.* Doch wann ist sie das? Der Medizinethik stehen hier sehr konkrete Problemlagen vor Augen: die fundamentale Asymmetrie im Verhältnis von Ärztin und Patient, Situationen schwerer Krankheit und Todesnähe, situative oder individuell bedingte Beeinträchtigungen von Kognition oder Volition und anderes mehr.

Der Weg zu den Randbereichen der Autonomie soll im Zentrum beginnen. Im Zentrum der medizinethischen bzw. medizinrechtlichen Konzeption von Patientenautonomie steht der *informed consent*, die Einwilligung nach Aufklärung. Das hinreichend informierte Patientensubjekt erklärt seinen Willen, dass eine ihm ärztlicherseits angetragene medizinische Maßnahme am eigenen Körper durchgeführt werden darf. In dieser Einwilligung nach Aufklärung – bzw. in deren Versagung – realisiert sich Patientenautonomie. Die Vorstellung ist also, dass das Subjekt mittels des Willens den eigenen Körper in Besitz hat und ihn souverän regiert: sei es in eigener Tatherrschaft, sei es durch die Autorisierung einer an ihm vollzogenen Handlung. Mit dem Willen wird dem Körper mithin eine *Einheit gubernatorischer Zurechenbarkeit* eingeschrieben, die als solche Anerkennung beansprucht: der Körper wird zur *Person*, also zum Subjekt in Anerkennungsbezügen. Wie aber realisiert sich ein solcher *Wille-im-Körper* in der Landschaft von Arztpraxen, Kliniken, Pflegeheimen oder Forschungszentren? Was, wenn das ethische bzw. rechtliche Konstrukt des Willens sich dort, wo es praktisch relevant wird, als allzu kontrafaktisch herausstellt? Dann kommen wir in diejenigen Grenzbereiche, die es im Folgenden zu visitieren gilt. Dabei will ich vier Phänomenbereiche abschreiten (3.). Zuvor aber entfalte ich den theoretischen Rahmen, in dem ich mich versuchsweise bewege (2.).

---

4 Zum Begriff der praktischen Selbstbestimmung vgl. Martin Seel: *Sich bestimmen lassen. Studien zur theoretischen und praktischen Philosophie* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002).

5 So etwa in der Aufgabe der Figur eines vernünftigen allgemeinen Willens im Patientenverfügungsgesetz von 2009 (vgl. Moos et al., Randzonen, 20 f. [s. Fn. 3]) sowie in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. 03. 2020 zur Suizidbeihilfe (BVerfGE 153, 182–310, Rn. 209 f.).

2 Theoretischer Horizont

Um das Thema der *Realisierung von Autonomie* durch einen *Willen-im-Körper* theoretisch zu fassen, sind drei Perspektiven einzunehmen, die aufeinander irreduzibel sind.[6]

(1.) Die erste Perspektive auf einen Willen-im-Körper ist die der Ersten Person. Die Fähigkeit, die eigenen diversen Strebungen im Modus des Entschlusses kanalisieren und zur Realisierung einer einzigen Handlungsoption ansetzen zu können – also: der Wille – ist zunächst der subjektiven Selbstbetrachtung zugänglich. In dieser erstpersonalen Perspektive verfahren etwa die subjektivitätstheoretische Rekonstruktion des Willens bei Immanuel Kant ebenso wie theologische Reflexionen des Wollens in seinen Selbstverstrickungen seit Paulus und Augustin. Hinsichtlich des Zusammenhangs von willentlicher Selbstbestimmung und Körperverhältnis sind der Phänomenologie und der philosophischen Anthropologie entscheidende Einsichten zu verdanken. So ist die Vorstellung, dass das Subjekt im Modus des Willens den eigenen Körper in Besitz hat und regiert, wie sie dem Konzept der Patientenautonomie zugrundeliegt, mithilfe der Unterscheidung von Körper und Leib differenziert worden:[7] Ich setze mir meinen Körper als Gegenstand gegenüber und bin zugleich mit meinem Leib identisch. Umfang und Grenzen der Selbstverobjektivierung und damit auch des Selbstbesitzes, also der Fähigkeit, mich von dem zu distanzieren, was ich doch mit Haut und Haaren bin, sind insbesondere in der medizinisch orientierten Phänomenologie eindrücklich entfaltet worden. Von meiner Hand kann ich mich recht weit distanzieren. Ich *habe* sie (als paradigmatisches Werkzeug). Für das Herz gilt das nicht in gleichem Maße; von ihm werde ich mindestens ebenso gehabt, wie ich es habe.[8] Von solchen Beschreibungen ist viel darüber zu lernen, wie der Körper für das Subjekt erscheint und zum Gegenstand wie zum Artikulator von Willensbestimmungen wird.

(2.) Die zweite Perspektive auf einen Willen-im-Körper wird konstituiert durch die Frage nach der Funktion, die der Wille im Recht bzw. im Medizinsystem erfüllt: die „Systemstelle" des Willens.[9] Ein lebendiger menschlicher Körper gilt im Recht

---

6 Vgl. zum Folgenden ausführlich Moos et al., Randzonen (s. Fn. 3), 14–22.

7 Vgl. etwa Hellmuth Plessner, *Lachen und Weinen. Eine Untersuchung nach den Grenzen menschlichen Verhaltens* (Tübingen/Basel: Francke, 1961), 44.

8 Vgl. Herbert Plügge, *Wohlbefinden und Mißbefinden. Beiträge zu einer medizinischen Anthropologie* (Tübingen: Max Niemeyer, 1962), 57–60. Aus diesem Grund wird dieser Unterscheidung von Leib und Körper hier nicht gefolgt. Sie insinuiert eine kategoriale Klarheit, die in den zu berücksichtigenden Situationen gerade nicht da ist.

9 Moos et al., Randzonen (s. Fn. 3), 19.

grundsätzlich als potentieller Träger eines Willens und damit als Person, die einen Anspruch darauf hat, dass ihr Wollen beachtet und damit ihre Subjektqualität anerkannt wird, die aber ineins damit auch für ihre willentlichen Handlungen zur Verantwortung gezogen werden kann.

In diesem Sinne ist für die rechtliche Zulässigkeit einer medizinischen Intervention neben der ärztlichen Indikation der Wille der Patientin bzw. des Patienten maßgeblich. Damit ändert sich der Begriff des Willens gegenüber der Perspektive der ersten Person. Nicht jeder artikulierte, Strebungen bündelnde Entschluss gilt rechtlich als Wille; bestimmte Körper gelten als nichteinwilligungsfähig. Umgekehrt geht nicht jeder rechtlich anerkannte Wille auf den eigenen Entschluss zurück; auch der mutmaßliche Wille oder die Entscheidung einer anderen Person können unter bestimmten Voraussetzungen den aktualen Patientenwillen ersetzen. Vermöge seiner Systemstelle wird der Wille einem Körper nach festgelegten Verfahren zugeschrieben. Diese Verfahren sind in den letzten Jahrzehnten in beständiger Revision begriffen.

(3.) Hier schließt die dritte Perspektive an. Sie verdankt sich der Praxistheorie, wie sie unter anderem von Andreas Reckwitz entfaltet worden ist.[10] In dieser Perspektive wird nicht nach der rechtlichen oder ethischen Haltbarkeit, sondern nach der sozialen Wirklichkeit der Zu-, oder besser: Einschreibung eines autonomen Willens in einen Körper gefragt. Diese vollzieht sich in komplexen sozialen Praktiken, in denen ein Individuum als willensbestimmtes Subjekt anerkannt, behandelt, ins Werk gesetzt wird.[11] Patientenautonomie kommt einem Individuum nicht einfach zu, sondern muss fortwährend in und an seinem Körper aktualisiert und ins Werk gesetzt (*enacted*) werden. Das geschieht etwa in Praktiken der Aufklärung, Beratung und Kommunikation. Solche Praktiken unterliegen spezifischen Zeitregimes und sind eingebettet in die räumlichen Topografien von Kliniken oder Arztpraxen. Ein solches *doing autonomy* ist insbesondere dem ethnologischen Blick zugänglich.

In dieser Perspektive ist das Subjekt der Autonomie, das Selbst der Selbstbestimmung, nicht einfach vorausgesetzt. Vielmehr sehen Praktiken bestimmte Subjektpositionen vor und andere nicht. In diesem Sinne lässt sich die informierte Einwilligung verstehen als emphatische Ins-Werk-Setzung einer autonomen Per-

---

10 Vgl. Andreas Reckwitz, „Grundelemente einer Theorie sozialer Praktiken. Eine sozialtheoretische Perspektive," *Zeitschrift für Soziologie* 32 (2003): 282–301.

11 Zum Konnex von Anerkennung und Subjektivierung vgl. Axel Honneth, *Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994).

son in medizin- oder pflegebezogenen Abhängigkeitssituationen.[12] Prägnanz gewinnt das durch den Vergleich mit Praktiken, die gerade keine individuelle Willensposition generieren – etwa medizinische Behandlungsverläufe, denen sich eine Patientin ausgeliefert findet, oder auch kollektive Praktiken der Einwilligung, wie sie die Anthropologin Cheryl Mattingly analysiert hat.[13]

Auch der Körper ist in dieser Perspektive eine im Kontext bestimmter Praktiken ‚auftretende' Entität. Der Körper als medizinischer Gegenstand oder der entseelte Leib als Sache[14] wird dabei ebenso praktisch hervorgebracht wie der Willen-im-Körper. Diese Perspektive wird im Folgenden die wichtigste sein, weil sie gleichsam zwischen der Ersten-Person-Perspektive und der Systemstelle des Willens steht und zwischen diesen vermitteln kann.[15]

Insgesamt handelt es sich um drei unterschiedliche Perspektiven auf das Willenssubjekt (im Selbstverhältnis; als Einheit der Zurechnung; als Position in Praktiken) und auf den Körper (im phänomenalen Körper-Leib-Verhältnis; als Gegenstand von Ansprüchen; als praktisch konstituiert). Auch das Recht kommt dabei unterschiedlich in den Blick (hinsichtlich seiner anthropologischen Voraussetzungen; in seiner dogmatischen Binnenreflexion; hinsichtlich der Praktiken der Rechtswirklichkeit).

Wenn es um Realisierung von Autonomie geht, sind diese drei Perspektiven zum einen irreduzibel; zum anderen müssen sie, das wäre bereits der Ausblick auf medizinethisch- bzw. rechtlich-normative Fragen, in einem bestimmten Passungsverhältnis zueinander stehen, damit das Konzept der Patientenautonomie nicht ideologisch wird. Wenn mir qua Systemstelle viel mehr Verantwortung zugeschrieben wird als ich subjektiv durch mein Wollen oder Gewollthaben einholen kann, stimmt etwas nicht. Wenn umgekehrt praktisch eine emphatische Willensabfrage inszeniert wird, die dann aber den Gang des Geschehens gar nicht beeinflusst, stimmt ebenso etwas nicht. Es ist eine ethische Herausforderung, Minimalbedingungen der Passung (bzw. Maximalbedingungen der Nichtpassung)

---

12 Autonomiepraktiken sind in diesem Sinne Subjektivierungspraktiken. Dazu vgl. Thomas Alkemeyer, Gunilla Budde und Dagmar Freist, Hg., *Selbst-Bildungen. Soziale und kulturelle Praktiken der Subjektivierung* (Bielefeld: transkript, 2013).

13 Cheryl Mattingly, „‚Der Wille' als eine verkörperte, soziale und narrative Praktik," in *Randzonen*, ed. Moos et al. (s. Fn. 3), 215 – 240.

14 Hierzu vgl. den Beitrag von Peter Windel im vorliegenden Band.

15 Das ist gerade der sozialwissenschaftliche Ansatz der Praxeologie: das traditionelle Gegenüber handlungstheoretischer und strukturalistischer Ansätze zu unterlaufen. Vgl. Reckwitz, „Grundelemente," (s. Fn. 10).

zu formulieren. Eine solche Passung ist dabei nicht nur ein ethisches Erfordernis, sondern auch ein Rechtsproblem.[16]

3 Körperliche Realisierungen von Patientenautonomie

Mittels dieser Perspektiven sollen im Folgenden körperliche Realisierungen von Patientenautonomie bzw. Manifestationen des Willens-im-Körper beschrieben werden. Das geschieht in vier Schritten.

3.1 Autonomie in der Trennung vom Körper

Als erster Phänomenbereich und als Hintergrundfolie für das Weitere seien emphatische Aufklärungs- und Einwilligungssituationen im Bereich der Medizin in den Blick genommen. Zu ihnen gehören etwa Prozeduren der Aufklärung und Einwilligung im Vorfeld einer Operation oder auch nur einer eingehenden Diagnostik und/oder Therapie. Hinsichtlich der Rolle des Körpers in der Realisierung von Patientenautonomie lässt sich beobachten, dass Autonomie hier im Modus einer performativen Trennung von Subjekt (bzw. Person) und Körper ins Werk gesetzt wird. Zu den entsprechenden Markierungen dieser Trennarbeit gehören das Gegenüber von Besprechungstisch und Untersuchungsliege, vom bekleideten und entkleideten Körper, von der gegenständlichen Betrachtung des Körpers in Labor- oder Bilddaten und der Identifikation der Patientin mit dem Körper, von verbaler (mündlicher oder schriftlicher) Kommunikation und Behandlungsablauf, von einer symbolischen und einer indexikalischen Semiotik des Körpers. Es gehört zu den klassischen Einsichten der Medizinsoziologie, wie sorgfältig in der ärztlichen Praxis Passagen zwischen Personsituationen und Körpersituationen inszeniert werden.[17]

In solchen emphatischen Situationen wird Autonomie mithin ins Werk gesetzt, indem die Person, das Subjekt der Aufklärung und Einwilligung, der Träger der Rechte, als jenseits des Körpers befindlich, mithin als körpertranszendent, inszeniert wird: ein performativer Cartesianismus. Oder auch, mit Kant gespro-

16 Zu dieser Passung vgl. Moos et al., Randzonen (s. Fn. 3), 25 f.
17 Vgl. James M. Henslin und Mae A. Biggs, „Behaviour in Public Places. The Sociology of the Vaginal Examination,“ in *Down to earth sociology*, ed. James M. Henslin (New York u. a.: Free Press, 14. Aufl. 2007), 229 – 241.

chen: Der Weg vom Reich der Freiheit zum Reich der Natur führt für den Patienten vom Besprechungstisch zur Untersuchungsliege.

Dieser performative Cartesianismus ist jüngst höchstrichterlich in der Debatte um den ärztlich assistierten Suizid aktualisiert worden. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 26. 2. 2020 die Subjektformation der „zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Person“[18] auch in Entscheidungen, die die Beendigung des eigenen Lebens betreffen, als verfassungsrechtlich maßgeblich erklärt. Mehr noch: Das Konzept einer in der Trennung von regierendem Subjekt und regiertem Körper ins Werk gesetzten Autonomie wird gerade dort behauptet, wo der Wille im Entschluss zum Suizid ultimativ und total über „seinen“ Körper bestimmt. Die Angewiesenheit autonomer Selbstbestimmung auf körperliche Realisierung darf, so das Gericht, nicht gegen die Reichweite der Autonomie selbst ausgespielt werden. Insofern gilt: „Die selbstbestimmte Verfügung über das eigene Leben ist […] unmittelbarer Ausdruck der der Menschenwürde innewohnenden Idee autonomer Persönlichkeitsentfaltung; sie ist, wenngleich letzter, Ausdruck von Würde.“[19] In der Entscheidung zur Beendigung der körperlichen Existenz manifestiert sich die Souveränität des körperlosen Willenssubjekts.[20]

3.2 Körperliche Realisierung von Autonomie

Doch solche emphatisch-willensförmige Inszenierungen von Patientenautonomie sind selten. In der Regel fragt die Ärztin nicht, ob ich in eine bestimmte Diagnostik oder Behandlung einwillige. Sie sagt eher: „Sie haben eine bakterielle Infektion. Ich schreibe Ihnen ein Antibiotikum auf.“ Dann tippt sie etwas in ihren Computer, und ich bekomme beim Hinausgehen das Rezept ausgehändigt. Oder sie sagt: „Wir machen jetzt erst einmal ein großes Blutbild.“ Dann schickt sie mich ins Nebenzimmer, wo ihre Assistentin mich bittet, den Ärmel hochzukrempeln, einen Gurt um meinen Arm bindet, die Haut desinfiziert, eine Spritze aus der Verpackung entnimmt, sich zurechtsetzt, die Vene sucht, ansticht und das Blut in die Spritze laufen lässt. In aller Regel, das sei hier zumindest mit anekdotischer Evidenz behauptet, werde ich nicht gefragt, ob ich einwillige. Vielmehr müsste ich

18 BVerfGE 153, 182–310, Rn. 209.
19 BVerfGE 153, 182–310, Rn. 211.
20 Auch phänomenologisch ist eine solche cartesianische Trennung des Subjekts von seinem Körper in der Nähe des Lebensendes beschrieben worden: Menschen können im Endstadium einer konsumierenden Erkrankung die Erfahrung machen, in einen zerstörten, unpassenden, fremd gewordenen Körper gefangen zu sein. Vgl. dazu Plügge, Wohlbefinden, 62–90.

selbst sagen: „Nein, ich nehme kein Antibiotikum" oder „Ich lasse mir kein Blut abnehmen". Ich müsste selbst die Leistung erbringen, mich als Einwilligungssubjekt in Szene zu setzen. Oder ich verzichte darauf, spiele mit und lege damit das an den Tag, was juristisch „konkludentes Verhalten" heißt.[21] Allerdings sind ärztliche Sprechweisen und Praktiken zumeist so verfasst, dass sie mir als Patient die Möglichkeit geben, im Modus des Vetos einzuschreiten und darin zum Willenssubjekt zu werden.[22] Ich könnte dem Antibiotikum widersprechen, ich müsste das Rezept nicht entgegennehmen, ich müsste es nicht zur Apotheke tragen, ich könnte die Tabletten wegwerfen. Die Adhärenzforschung kennt eine Fülle solcher Sollbruchstellen in medizinischen Abläufen.

Hinsichtlich der Rolle des Körpers in der Realisierung von Autonomie ist es nun von Bedeutung, dass hier längst nicht nur kommunikative Praktiken, sondern auch ‚rein' körperliche Vollzüge im Spiel sind. In der Regel gibt eine medizinische Fachkraft keine Spritze, ohne kurz vor dem Durchstechen der Haut noch einmal innezuhalten. Das ist der letzte Moment, in dem ich als Patient das Ganze mit einer abwehrenden Geste stoppen könnte – oder mich weiterhin bereit zeige. Diese letzte Abstimmung, die, wenn man so will, finale Einwilligung, ist ein zwischenleiblicher Prozess, eine Mikro-Verständigung zwischen zwei Körpern.[23] Was hier geschieht, ist etwas anderes als schlicht nonverbale Kommunikation, in der an die Stelle des verbal geäußerten „Nein" etwa ein Kopfschütteln träte. Während in diesem Fall lediglich ein symbolisches Zeichen in ein anderes übersetzt würde, handelt es sich beim Zurückweichen vor der Spritze mit der Unterscheidung Schleiermachers eher um wirksames denn um darstellendes Handeln, insofern es den Einstich eher physisch verhindert als ihn kommunikativ untersagt. Die Behauptung, die ich mit dieser Beobachtung verbinde, ist, dass in der Realisierung von Autonomie solche körperlichen Prozesse eine erhebliche Rolle spielen – und sei es in negativer Form, dass es als Einwilligung verstanden wird, wenn das körperliche Widerstreben unterbleibt.

Zur Verdeutlichung kann ein Phänomen aus einem anderen Bereich dienen: das Paradigma der Assistenz in der Eingliederungshilfe. Assistenzleistungen sollen grundsätzlich der Realisierung der Autonomie der Assistierten dienen. Zu diesem Zweck kann eine kommunikative Abstimmung der eigentlichen Assistenzleistung vorangehen; das entspräche dem oben angeführten performativen

---

21 Zum Willensbild des Rechts vgl. Adrian Schmidt-Recla, „Das Recht als Willensgenerator. Juristische Konstruktionen zu Wille und Wollen", in *Randzonen*, ed. Moos et al. (s. Fn. 3), 147–169, 156–162.
22 Wo das Veto keine reale Möglichkeit ist, liegt ein potentielles medizinethisches Problem vor.
23 Vgl. dazu Thorsten Moos, *Krankheitserfahrung und Religion* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2018), 359–362.

Cartesianismus. Alternativ und vermutlich wesentlich häufiger wird Assistenz im Modus von Routinepraktiken erbracht, für die nicht immer wieder neu eine Einwilligung eingeholt, aber die Möglichkeit des Vetos präsent gehalten wird. An die Stelle des emphatisch inszenierten Einwilligungssubjekts tritt dann das Subjekt *on demand*. Für unseren Zusammenhang am meisten einschlägig sind jedoch körperliche Praktiken, in denen eine Interaktion zweier Körper als gesteuert von der Selbstbestimmung des einen ins Werk gesetzt wird. Ein Beispiel ist das gestützte Gehen: A assistiert B, die derzeit nicht alleine gehen kann: stützt sie, geht, trägt, all das in einer sehr aktiven Weise, aber doch so, dass die gemeinsame Bewegung der beiden Körper als Gehen von B erlebt wird. Das wird möglich durch die mikroadaptive Abstimmung der beiden, temporär zum gemeinsamen Gehen verbundenen Körper. Autonomie manifestiert sich hier unmittelbar zwischenleiblich.[24]

Insgesamt wird man festhalten können, dass Autonomie bei weitem nicht nur durch den angesprochenen performativen Cartesianismus ins Werk gesetzt wird. Vielmehr ist es eingeübt – auch, wie hier immer vorausgesetzt, in selbstbestimmungsproblematischen Situationen –, den Körper als Träger von Selbstbestimmung präsent zu halten. Es sind Praktiken, die in ihrer Körperlichkeit als Willenspraktiken fungieren. Das fällt im Rechtsverkehr üblicherweise nicht auf; es wird relevant, wenn es nun an die Randzonen des Willens geht.

3.3 Randfiguren von Autonomie und der Körper

In bestimmten Grenzlagen menschlichen Lebens kann nicht oder nicht mehr von Einwilligungsfähigkeit im rechtlich oder auch nur kommunikativ belastbaren Sinne gesprochen werden. In diesen Grenzlagen fehlt das korrektive Gegenüber, das sich der Zuschreibung, das Geschehen verdanke sich immer noch seiner Einwilligung, widersetzen könnte, indem es sich etwa als starkes Vetosubjekt präsentierte. Nichtsdestotrotz wird auch in solchen Grenzlagen sowohl lebensweltlich wie rechtlich Autonomie zugeschrieben. Solche Autonomiepraktiken setzen auch bei temporär oder dauerhaft ungreifbarem Subjekt den Körper gleichsam als ‚eigenständigen' Willensträger ins Werk. Dazu wiederum einige Beispiele.

---

24 Vgl. dazu Thorsten Moos, „Inklusion als Praxis der Subjektivierung," in *Disability Studies und Soziale Arbeit*, ed. Jürgen Homann et al. (Weinheim/Basel: Juventa, im Erscheinen).

Einschlägig ist insbesondere der sogenannte „natürliche Wille“.[25] Das in unterschiedlichen rechtlichen Kontexten verwendete, in sich spannungsvolle und uneinheitliche Konstrukt bezeichnet rechtlich relevante Strebungen Nichteinwilligungsfähiger, die aus verbalen Erklärungen oder aus nichtverbal-körperlichem Verhalten bestehen können. Insbesondere handelt es sich um körperliche Signale des Widerstrebens, die in bestimmten Situationen nicht überwältigt werden dürfen. Geschieht dies doch, wirkt sich das, etwa beim Freiheitsentzug Minderjähriger oder psychisch Kranker, strafbegründend,[26] oder, etwa beim Schwangerschaftsabbruch, strafverschärfend[27] aus.

Im medizinrechtlichen Kontext kommen mit dem Begriff des natürlichen Willens vor allem zwei paradigmatische Fälle in den Blick: Inwieweit ist, erstens, körperliche Gegenwehr bei bestimmten therapeutischen oder pflegerischen Maßnahmen, etwa beim Anreichen von Nahrung, dahingehend zu beachten, dass diese Maßnahmen als gegen den Willen der Patientin gerichtet unterbleiben müssen? Inwieweit kann, zweitens, ein in einer Patientenverfügung niedergelegter Wille hinsichtlich der eigenen Behandlung im Zustand der Nichteinwilligungsfähigkeit durch einen „natürlichen Willen“, insbesondere durch Zeichen der Lebensfreude, widerrufen werden?[28]

Der Medizinethiker Ralf Jox wendet sich dezidiert gegen das Konzept des natürlichen Willens. Die genannten Verhaltensweisen seien „viel eher dem Wohlergehen als dem Willen des Patienten zuzuordnen“.[29] Denn sie bezögen sich auf die momentane Situation, nicht aber auf übergreifende Entscheidungen; sie könnten ganz unterschiedlich gedeutet werden; und sie verdankten sich eben keiner bewussten, informierten, reflektierten und freiverantwortlichen Entscheidung, die für den Willen notwendig sei. Insofern sei es unzutreffend, den „natürlichen Willen“ dem Patientenwillen gleichzustellen und damit der Patientenautonomie zuzuordnen.

Anders argumentiert etwa die Stellungnahme „Demenz und Selbstbestimmung“ des Deutschen Ethikrates. Sie vertritt kein kategoriales, sondern ein graduelles Autonomiekonzept: Je nach Einsicht in die Art und Tragweite der Handlungsoptionen ist die Selbstbestimmung von Menschen mit Demenz zu

---

25 Vgl. Schmidt-Recla, Recht (s. Fn. 21), 159 – 162.

26 Siehe § 239 StGB.

27 Siehe § 218 Abs. 2 StGB.

28 Vgl. Schmidt-Recla, Recht (s. Fn. 21), 160.

29 Ralf Jox, „Der ‚natürliche Wille‘ bei Kindern und Demenzkranken. Kritik an einer Aufdehnung des Autonomiebegriffs,“ in: *Patientenautonomie*, ed. Wiesemann und Simon (s. Fn. 2), 329 – 337, 337.

respektieren.[30] Das gilt noch für Verhaltensweisen, die Jox dem Wohlergehen zuordnet: „Eine bedürfnisorientierte Präferenzentscheidung zwischen zwei oder mehreren Alltagssituationen mag stark von dem bloßen Streben nach Erhaltung der Lebensfunktion geprägt sein und doch kann in ihr eine Präferenz zum Ausdruck kommen, die von dem Demenzbetroffenen als etwas für ihn Wesentliches empfunden wird."[31] Auch das Wohlergehen kann ein legitimer Grund für eine solche Präferenzentscheidung sein, solange im jeweiligen Krankheitsstadium eine „Abwägung und Präferenzbildung auch unter Zuhilfenahme rationaler Erwägungen, kritischer Wahrnehmung und Ordnung eigener Präferenzen"[32] noch möglich ist.

Doch selbst dann, wenn ein solches Sich-Verhalten zu den eigenen Präferenzen nicht mehr möglich ist, erhalten diese im medizinischen bzw. pflegerischen Kontext doch eine potentielle Bindungskraft, die über ein rein animalisches Streben nach „Wohlergehen" hinausgehen. Das gilt generell für die Interpretation leiblicher Ausdrucksformen „als Zeichen der Selbstbestimmung"[33] und noch weitergehend für Affektivitätspraktiken: In Situationen, in denen kognitiv grundierte Autonomiekonzepte gänzlich kontrafaktisch werden, können affektive Vorlieben eines Menschen eine Stellvertreterfunktion für eine Selbstbestimmung *mit Gründen* erhalten – etwa, wenn in der palliativen Mundpflege frühere Geschmacksvorlieben berücksichtigt werden. In diesem Fall werden frühere Willensäußerungen erinnert und als Willen-im-Körper aufgerufen.[34]

Mithin lässt sich feststellen, dass die Patientenautonomie im Modus der Zuschreibung bzw. der Praktiken graduiert wird: noch über die vom Deutschen Ethikrat namhaft gemachte „Teilautonomie" hinaus bis in Zustände der Bewusstlosigkeit hinein. Ein extremes Beispiel ist die Zuschreibung eines „Lebenswillens" an frühgeborene Säuglinge und deren Einbeziehung in die Entscheidung, ob eine intensivmedizinische Behandlung fortgesetzt werden soll oder nicht.

Meine Interpretation ist hier, dass die emphatischen Praktiken des Willens eine kontinuierliche Fortsetzung bis hin zu Situationen der Nichteinwilligungs-

30 Vgl. Deutscher Ethikrat, *Demenz und Selbstbestimmung. Stellungnahme* (Berlin: 2012), 56.

31 A.a.O., 57.

32 A.a.O., 58.

33 Irmgard Hofmann, „Leibliche Ausdrucksformen als Zeichen der Selbstbestimmung," in: *Patientenautonomie*, ed. Wiesemann und Simon (s. Fn. 2), 355–363.

34 Vgl. Thorsten Moos, Simone Ehm, Fabian Kliesch und Julia Thiesbonenkamp-Maag, *Ethik in der Klinikseelsorge. Theorie, Empirie, Ausbildung* (Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 2016), 161–163.

fähigkeit und Bewusstlosigkeit hinein erfahren.[35] Auch in Situationen reduzierter Personalität wird *so etwas wie* eine Willens-Subjektivität praktisch ins Werk gesetzt – wenngleich in abgestufter Form. Umgekehrt wird der Körper niemals ganz zur Sache, sondern behält einen residualen Status als selbstbestimmtes Subjekt. Das geschieht, obwohl Konzepte wie Willen, Autonomie, Person oder Subjekt kategorial nicht graduierbar sind.[36] In praxistheoretischer Perspektive zeigt sich Autonomie als hochgradig körperliches Vollzugsgeschehen, das als solches auch noch in Situationen hinein ausgezogen werden kann, in denen das Subjekt vollends ungreifbar geworden ist. Es besteht ein Kontinuum von Willen-im-Körper-Praktiken. In diesem Kontinuum erweist sich der performative Cartesianismus der emphatischen Einwilligungspraktiken, der dem kategorialen Charakter des Autonomiekonzepts am ehesten entspricht, als geradezu artifizielles Extrem.

3.4 Rechte des Körpers *gegenüber* der Person

Wenn der Körper auch noch in der Abwesenheit des Subjekts als eigenständiger Willensträger auftreten kann, kann als nächster und letzter Schritt gefragt werden, ob dies auch in Anwesenheit des Subjekts geschehen kann. Können Subjekt-Willen und Willen-im-Körper nebeneinander auftreten? Bereits die Rechtsfigur des konkludenten Verhaltens rechnet, wie oben dargestellt, mit einem wachenden Subjekt-Willen hinter den Willen-im-Körper, der so lange einwilligt, wie er nicht emphatisch widerspricht. Interessant sind nun aber diejenigen Fälle, wo Subjekt-Willen und Willen-im-Körper auseinandertreten oder gar in Konflikt kommen. Auch hier lassen sich wiederum einige Phänomene aufzeigen.

Als Übergang zum Vorherigen ist das bereits angesprochene lebensbejahende Verhalten eines Nichteinwilligungsfähigen zu betrachten, das dessen Patientenverfügung zu widersprechen scheint. Hier liegen Subjekt-Willen und Willen-im-Körper in zeitlicher Abfolge vor. Die sogenannte Bilokalisationstheorie versucht dieses Phänomen zu greifen, indem sie von einem vollständigen Bruch der per-

35 In gewisser Weise gilt dies bis in den postmortalen Ehrenschutz hinein (vgl. dazu den Beitrag von Christoph Enders in diesem Band).

36 Ein anderer Fall für eine Graduierung der Einwilligungsfähigkeit liegt bei der Frage vor, inwieweit Kinder einer nicht indizierten medizinischen Behandlung zustimmen müssen. Der paradigmatische Fall ist hier die Stammzellspende unter Geschwisterkindern. Vgl. Christina Schües, und Christoph Rehmann-Sutter, Hg., *Rettende Geschwister. Ethische Aspekte der Einwilligung in der pädiatrischen Stammzelltransplantation* (Paderborn: mentis, 2015).

sonalen Identität ausgeht.[37] Der im Zustand der Einwilligungsfähigkeit artikulierte Subjekt-Wille hat im jetzigen Zustand keine Gültigkeit mehr, da die personale Kontinuität zwischen beiden Zuständen aufgrund etwa einer demenziellen Erkrankung unterbrochen ist. Derselbe Körper, aber unterschiedliche Willen: ein einst rechtsgültig artikulierter, aber nicht mehr zutreffender Wille, und ein zwar nicht durch Einwilligungsfähigkeit gestützter, aber doch als personale Strebung ernstzunehmender Willen-im-Körper. Dieser Position zufolge überwiegt das Recht des nicht mehr im vollen Sinne subjekthaft zu verstehenden Körpers das Recht des (früheren) Subjekts.

Umgekehrt verhält es sich bei der medizinischen Zwangsbehandlung bei Selbstschädigung. Als Paradigma mag hier der Fall einer volljährigen Patientin mit Anorexie dienen, die stark untergewichtig ist, aber eindeutig, nachdrücklich, reflektiert und über die Zeit hinweg stabil die Aufnahme einer ausreichenden Nahrungsmenge ablehnt. Klassisch wird unterschieden zwischen schwachem und starkem ärztlichen Paternalismus: Falls das Widerstreben der Patientin als Wille gelten kann, stellt die Zwangsernährung gegen ebendiesen Willen einen starken – und hierzulande verbotenen – Paternalismus dar. Liegt hingegen keine Einwilligungsfähigkeit vor, handelt es sich bei der Zwangsernährung lediglich um schwachen Paternalismus, um eine Handlung ohne Einwilligung. In ihrer eingehenden Diskussion eines solchen Falles gehen der Medizinethiker Manuel Trachsel et al. von einer aufgrund fehlender Krankheitseinsicht anzuzweifelnden Einwilligungsfähigkeit der stark ausgezehrten Patientin aus. Sie halten eine Zwangsernährung dann für gerechtfertigt, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Patientin dann, wenn sie höheres Körpergewicht erreicht haben wird und damit auch mehr Krankheitseinsicht zeigt, für eben diese Maßnahme dankbar sein wird.[38] Dieses Kriterium der antizipierten Zustimmung geht ebenfalls von zwei Subjekten in einem Körper aus: dem derzeitigen, nichteinwilligungsfähigen Subjekt, dessen vehementes Widerstreben aufgrund der zu erwartenden Zustimmung des zukünftig einwilligungsfähigen Subjekts überwunden werden darf. Nicht das erste, sondern das zweite Subjekt erscheint als Person im Vollsinne und damit als das eigentlich legitime Subjekt der Herrschaft über diesen Körper.

---

37 Vgl. Reinhard Merkel, „Zur Frage nach der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen – Eine notwendige Ergänzung der bisher in Deutschland geläufigen Argumente," *Ethik in der Medizin* 5 (2004), 298 – 307, 302 f.

38 Hierzu und zum Fall vgl. Manuel Trachsel, Tanja Krones und Verina Wild, „Zwangsernährung oder *palliative care* bei chronischer *Anorexia nervosa?*," in *Randzonen*, ed. Moos et al. (s. Fn. 3), 171 – 186, 179.

Anders gelagert sind Situationen, in denen ein Recht des Körpers dem simultan geäußerten subjektiven Willen entgegengestellt ist. Dies ist etwa bei der Strafwürdigkeit des Schwangerschaftsabbruchs der Fall. Hier wird die Möglichkeit der Schwangeren, als Subjekt über ihren Körper zu bestimmen, eingeschränkt durch die rechtliche Einschreibung einer zweiten Person in den Körper der Frau. Die Rechte dieser zweiten Person sind dann mangels deren eigener Fähigkeit, einen Willen zu artikulieren, vom Staat gegenüber der Schwangeren zu vertreten. Dagegen wehrt die Parole „Mein Bauch gehört mir" diese Bipersonalität unter Anrufung einer Eigentumsrelation zwischen Subjekt und Körper ab.[39]

In jüngster Zeit ist noch eine weitere konfliktbeladene Konstellation prominent geworden, in der der Körper gleichsam mit eigenem Recht und Willen dem artikulierten Willen des Subjekts gegenübertritt. In der Epidemiologie erscheinen Körper nicht als rein individueller Besitz, sondern aufgrund potentieller infektiöser Wechselwirkungen miteinander verbunden. Gesundheit wird in der Epidemie zum kollektiven Gut. Prägnant ist hier der Begriff der Herdenimmunität, der herangezogen wird, um eine staatliche Impfaufforderung oder gar Impfpflicht zu begründen. Doch bereits die Kopplung von Inzidenzzahlen und Freiheitseinschränkungen baut auf dem schützenswerten Recht kollektiver Körperlichkeit gegenüber individuell-subjektiver Selbstbestimmung. In dieser Logik wird der eine Körperzusammenhang von vielen Subjekten bewohnt und beherrscht; und neben die individuelle Willensbestimmung tritt die kollektive politische Willensbildung einer demokratisch verfassten Gesellschaft. Hier sind in den letzten Monaten erhebliche Klärungsbedarfe einer ethischen und rechtlichen Behandlung des Verhältnisses von Autonomie und Körperlichkeit deutlich geworden.[40]

4 Abschluss

Autonomie ist kategorial weder teilbar noch graduierbar. Dennoch wird sie regelmäßig als abgestufte und möglicherweise geteilte realisiert. Die obigen Beschreibungen von Praktiken der Autonomie sind nicht entlarvend gemeint, so als ‚gäbe' es ‚echte' Selbstbestimmung in Wirklichkeit nicht. Vielmehr stellt sich, wie einleitend ausgeführt, an ihnen sehr konkret und eben nicht kategorial entscheidbar die Frage nach der Angemessenheit von Autonomiepraktiken angesichts des Kategoriensprungs, an dem sie verortet sind. Dieser Kategoriensprung

---

39 Diese Beschreibung impliziert kein Urteil für oder gegen die Legitimität des Schwangerschaftsabbruchs.

40 Zu kollektiven Formen des Körperlichen vgl. den Beitrag von Christoph Enders in diesem Band.

besteht aus praxistheoretischer Perspektive nicht zwischen „Idee“ und „Praxis“, sondern er besteht zwischen dem Vollzug von Praktiken einerseits und dem in eben diese Praktiken eingelassenen Wissen um die in ihr angezielte, aber praktisch nicht erreichbare Subjektqualität des Gegenübers. In diesem Sinne stehen Autonomiepraktiken in einem größeren Kontinuum von *Würdepraktiken*, die auf die Anerkennung von Personalität auch jenseits von Selbstbestimmung zielen.[41]

Die ethische Beurteilung der Angemessenheit von Autonomiepraktiken setzt allerdings die genaue empirische Kenntnis dieser Praktiken voraus. Es lohnt sich also, diese empirisch zu untersuchen. Die bisherigen Beschreibungen haben sich auf wenige empirische Erkenntnisse, *Spin-offs* aus anderen Studien und auf autoethnographische bzw. anekdotische Evidenz sowie auf deren theoriegeleitete Extrapolationen gestützt. Das reicht selbstverständlich nicht hin; es kann allenfalls dazu dienen, Fragen und Hypothesen für empirische Untersuchungen zu generieren.

Wenn es schließlich um die rechtliche Angemessenheit von Autonomiepraktiken geht, wird ein liberaler Rechtsstaat tendenziell nur bestimmte *bottom lines* einzuzeichnen versuchen. Zugleich aber muss das Recht sich auf die körperlich-praktische Wirklichkeit von Autonomie und deren konkrete Aporien zumindest teilweise einlassen. Das Resultat sind schwierige Konstruktionen wie die des natürlichen Willens und des schwachen Paternalismus, deren Aporetik einerseits beständigen Anlass zu Kritik und Konflikt bietet, andererseits aber schlechthin *sachgemäß* ist.

Literatur

Thomas Alkemeyer, Gunilla Budde und Dagmar Freist, Hg., Selbst-Bildungen. Soziale und kulturelle Praktiken der Subjektivierung (Bielefeld: transkript, 2013).

Jan P. Beckmann, Autonomie. Aktuelle ethische Herausforderungen der Gesellschaft (Freiburg/München: Alber, 2020).

Deutscher Ethikrat, Demenz und Selbstbestimmung. Stellungnahme (Berlin: 2012).

James M. Henslin und Mae A. Biggs, „Behaviour in Public Places. The Sociology of the Vaginal Examination,“ in Down to earth sociology, ed. James M. Henslin (New York u. a.: Free Press, 14. Aufl. 2007), 229 – 241.

Irmgard Hofmann, „Leibliche Ausdrucksformen als Zeichen der Selbstbestimmung,“ in: Patientenautonomie, ed. Wiesemann und Simon (Münster: mentis, 2013), 355 – 363.

Axel Honneth, Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994).

41 Vgl. dazu Moos, Krankheitserfahrung (s. Fn. 22), 351– 365.

Ralf Jox, „Der ‚natürliche Wille' bei Kindern und Demenzkranken. Kritik an einer Aufdehnung des Autonomiebegriffs," in: Patientenautonomie, ed. Wiesemann und Simon (Münster: mentis, 2013), 329 – 337.

Cheryl Mattingly, „‚Der Wille' als eine verkörperte, soziale und narrative Praktik," in Randzonen, ed. Moos et al. (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2016), 215 – 240.

Reinhard Merkel, „Zur Frage nach der Verbindlichkeit von Patientenverfügungen – Eine notwendige Ergänzung der bisher in Deutschland geläufigen Argumente," Ethik in der Medizin 5 (2004), 298 – 307.

Thorsten Moos, „Inklusion als Praxis der Subjektivierung," in Disability Studies und Soziale Arbeit, ed. Jürgen Homann et al., (Weinheim/Basel: Juventa, 2022).

Thorsten Moos, Krankheitserfahrung und Religion (Tübingen: Mohr Siebeck, 2018).

Thorsten Moos; Christoph Rehmann-Sutter und Christina Schües, Hg., Randzonen des Willens. Anthropologische und ethische Probleme von Entscheidungen in Grenzsituationen, Praktische Philosophie kontrovers 6 (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2016).

Thorsten Moos, Simone Ehm, Fabian Kliesch und Julia Thiesbonenkamp-Maag, Ethik in der Klinikseelsorge. Theorie, Empirie, Ausbildung (Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 2016).

Hellmuth Plessner, Lachen und Weinen. Eine Untersuchung nach den Grenzen menschlichen Verhaltens (Tübingen/Basel: Francke, 1961).

Herbert Plügge, Wohlbefinden und Mißbefinden. Beiträge zu einer medizinischen Anthropologie (Tübingen: Max Niemeyer, 1962).

Andreas Reckwitz, „Grundelemente einer Theorie sozialer Praktiken. Eine sozialtheoretische Perspektive," Zeitschrift für Soziologie 32 (2003).

Adrian Schmidt-Recla, „Das Recht als Willensgenerator. Juristische Konstruktionen zu Wille und Wollen", in Randzonen, ed. Moos et al. (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2016), 147 – 169.

Christina Schües und Christoph Rehmann-Sutter, Hg., Rettende Geschwister. Ethische Aspekte der Einwilligung in der pädiatrischen Stammzelltransplantation (Paderborn: mentis, 2015).

Martin Seel: Sich bestimmen lassen. Studien zur theoretischen und praktischen Philosophie (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002).

Manuel Trachsel, Tanja Krones und Verina Wild, „Zwangsernährung oder palliative care bei chronischer Anorexia nervosa?," in Randzonen, ed. Moos et al. (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2016), 171 – 186.

Claudia Wiesemann und Alfred Simon, Hg., Patientenautonomie. Theoretische Grundlagen – praktische Anwendungen (Münster: mentis, 2013).

Personenregister